

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**



**TESIS DOCTORAL**

**Formas sustitutivas de la ejecución de las condenas  
privativas de libertad**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**María Cristina Olano Giménez**

DIRECTORA

**Pilar Peiteado Mariscal**

Madrid, 2018

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**



**FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS  
CONDENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

**MEMORIA PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE  
DOCTOR**

**Presentada por:**

M<sup>a</sup> Cristina Olano Giménez

**Bajo la dirección de la Doctora:**

Pilar Peiteado Mariscal

Madrid, 2017

# **FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

## **ÍNDICE:**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>RESUMEN .....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>ABSTRACT .....</b>   | <b>10</b> |
| <b>ABREVIATURAS .....</b>   | <b>14</b> |
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>17</b> |
| <b>CAPÍTULO I.- CONCEPTOS GENERALES DE LA FASE DE EJECUCIÓN ...</b>   | <b>22</b> |
| 1. El título ejecutivo .....  | 22        |
| 2. Órganos jurisdiccionales que intervienen en la ejecución.....  | 24        |
| a) Qué se entiende por Juzgado o Tribunal sentenciador .....  | 26        |
| b) Juzgado de Vigilancia Penitenciaria .....  | 31        |
| 3. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea.....   | 32        |
| 4. Intervención de las partes .....   | 37        |
| <b>CAPÍTULO II.- SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD<br/>POR LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL .....</b>   | <b>46</b> |
| 1. Antecedentes.....  | 48        |
| 2. Naturaleza jurídica y finalidad de la expulsión sustitutiva.....   | 51        |
| 3. Ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 .....   | 58        |
| 4. Ámbito objetivo de aplicación del art. 89.....   | 70        |
| a) Penas de prisión de hasta un año de duración .....   | 75        |
| b) Sustitución total de penas de un año y un día hasta cinco años de prisión ....   | 76        |
| c) Sustitución parcial de la pena .....   | 78        |
| ii. Sustitución parcial de una pena de entre más de un año y cinco años de<br>prisión .....   | 83        |
| ii. Sustitución parcial de penas de prisión de duración superior a cinco años, o<br>penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años .... | 87        |
| c) Excepción absoluta: proporcionalidad en la expulsión .....   | 90        |

|  |            |
|--|------------|
| 5. Aspectos procedimentales .....  | 111        |
| a) Legitimación.....   | 112        |
| b) Tramitación: audiencia del penado .....   | 118        |
| c) Resolución .....  | 122        |
| d) Recursos .....  | 126        |
| 6. Efectos de la expulsión .....   | 128        |
| a) Materialización de la expulsión, por sustitución de la totalidad de la pena .                             | 130        |
| b) Materialización de la expulsión, por cumplimiento total o sustitución del resto de la pena .....          | 135        |
| c) Consecuencias de la imposibilidad de ejecutar la expulsión.....   | 137        |
| 7. Incumplimiento de la expulsión .....  | 139        |
| <b>CAPÍTULO III.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS</b>  |            |
| <b>PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....</b>   | <b>143</b> |
| 1. Concepto y fundamento de la institución .....   | 143        |
| 2. La suspensión general u ordinaria .....   | 147        |
| a) Ámbito de aplicación.....   | 147        |
| i. Penas privativas de libertad .....  | 147        |
| ii. Penas accesorias .....   | 154        |
| b) Criterios de concesión .....  | 166        |
| c) Requisitos para su aplicación .....   | 175        |
| i. Primariedad delictiva.....  | 177        |
| a') En qué momento concreto debe concurrir el requisito de haber delinquido por primera vez.....             | 181        |
| b') Las condenas por concurso de delitos.....  | 190        |
| c') ¿Deben tenerse en cuenta las condenas por delitos cometidos durante la minoría de edad del penado? ..... | 193        |
| ii. Pena privativa de libertad no superior a dos años .....  | 194        |
| ii. Satisfacción de la responsabilidad civil .....   | 197        |
| 3. Suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años .....                       | 214        |
| a) Naturaleza jurídica y elemento objetivo.....  | 216        |
| b) Elemento subjetivo.....   | 222        |
| c) Criterios de concesión .....  | 226        |
| d) Condiciones necesarias para acordar la suspensión excepcional .....                                       | 226        |
| 4. Suspensión por enfermedad grave o incurable .....   | 232        |
| a) Concepto y antecedentes legislativos .....  | 232        |
| b) Requisitos .....  | 234        |
| 5. Suspensión para drogodependientes .....   | 243        |

|   |            |
|---|------------|
| a) Conceptos Generales .....  | 244        |
| b) Requisitos para su aplicación .....  | 249        |
| i. Penas privativas de libertad no superiores a cinco años.....   | 249        |
| ii. Comisión del delito a causa de la dependencia de las drogas .....   | 250        |
| iii. Certificación de deshabitación o de sometimiento a tratamiento de<br>deshabitación .....   | 258        |
| 6. Aspectos procesales .....  | 259        |
| a) Competencia .....  | 260        |
| b) Momento de la concesión.....   | 261        |
| c) Audiencia a las partes .....   | 265        |
| d) Trámite .....  | 272        |
| e) Resolución .....   | 275        |
| f) Recursos.....  | 278        |
| 7. Plazo de suspensión .....  | 279        |
| 8. Condiciones para mantener la suspensión .....  | 281        |
| a) No ser condenado por delito.....   | 288        |
| b) Cumplimiento de otras condiciones .....  | 298        |
| i. Prohibiciones y deberes del art. 83 CP.....  | 298        |
| ii. Especial referencia a la suspensión de las penas impuestas por delitos<br>relacionados con la violencia de género .....                           | 308        |
| iii. Prestaciones o medidas del art. 84 CP.....   | 312        |
| iv. Alzamiento, modificación o sustitución de las condiciones impuestas.....  | 320        |
| 9. Revocación de la suspensión .....  | 321        |
| 10. Efectos de la suspensión y de la revocación. Especial referencia a la<br>cancelación de antecedentes penales y a la prescripción de la pena ..... | 330        |
| <b>CAPÍTULO IV.- LA LIBERTAD CONDICIONAL O SUSPENSIÓN DEL RESTO<br/>DE LA PENA DE PRISIÓN .....</b>   | <b>341</b> |
| 1. Modalidades de libertad condicional .....  | 346        |
| a) Libertad condicional ordinaria o básica .....  | 346        |
| i. Que el penado se encuentre clasificado en tercer grado.....  | 347        |
| ii. Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta. ....   | 356        |
| iii. Que haya observado buena conducta. ....  | 359        |
| iv. Haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito .....   | 362        |
| b) Libertad condicional adelantada.....   | 367        |
| i. Haber extinguido las dos terceras partes de la condena .....   | 369        |
| ii. Realización de actividades laborales, culturales u ocupacionales.....   | 369        |
| c) Libertad condicional cualificada .....   | 371        |

|  |            |
|--|------------|
| d) Libertad condicional para delincuentes primarios .....  | 375        |
| e) Libertad condicional de los terroristas y delincuencia organizada.....                                  | 379        |
| i. Mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista .....  | 381        |
| ii. Colaborar activamente con las autoridades .....  | 382        |
| f) Libertad condicional humanitaria .....  | 383        |
| i. Enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 91.1 y 2 CP)...                                  | 387        |
| ii. Enfermos con peligro patente para su vida (art. 91.3 CP).....  | 392        |
| g) Libertad condicional de los condenados a la pena de prisión permanente revisable.....                   | 393        |
| h) Libertad condicional para delincuentes extranjeros .....  | 400        |
| 2. Requisitos generales en la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional ..... | 407        |
| a) Iniciación del expediente, trámite y resolución .....   | 407        |
| i. Iniciación de oficio .....  | 410        |
| ii. Iniciación a petición del interno .....  | 411        |
| iii. Trámite para la libertad condicional humanitaria .....  | 419        |
| iv. Trámite para libertad condicional de los condenados a la pena de prisión permanente revisable .....    | 420        |
| b) Causas de revocación de la libertad condicional.....  | 424        |
| c) Remisión de la pena suspendida y concesión de la libertad definitiva.....                               | 429        |
| d) Recursos .....  | 429        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>435</b> |
| <b>JURISPRUDENCIA.....</b>   | <b>448</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>  | <b>455</b> |

## RESUMEN

El presente trabajo aborda las formas sustitutivas de la ejecución de las condenas privativas de libertad que el Código Penal de 1995 regula en el capítulo III del Libro I, bajo la rúbrica “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”. Este capítulo ha sufrido una importante reforma a raíz de la publicación y entrada en vigor, el pasado 1 de julio de 2015, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que afecta a todo su articulado.

La nueva regulación del Código Penal reunifica en un solo instituto las diferentes suspensiones de la ejecución y sustitución de las penas. Esto implica la supresión de la tradicional sustitución de la pena de prisión regulada en el derogado art. 88 CP, que permitía la sustitución de las condenas de prisión de un año y excepcionalmente de dos, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y la inclusión del contenido penológico de esas penas sustitutas como “prestaciones o medidas” susceptibles de imponerse, al margen de las reglas de conducta, en la suspensión de la ejecución de la pena. El régimen de la sustitución queda ahora reducido a la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a un ciudadano extranjero por la expulsión del territorio nacional. Finalmente, la libertad condicional pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena que resta por cumplir.

La nueva regulación de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad es mucho más exhaustiva, instaurando un sistema unitario de suspensión de la ejecución de la pena, con diversas alternativas, entre las que se incluye la anterior sustitución de penas de prisión (del derogado art. 88 CP), que pasa a ser una modalidad de la suspensión. Con ello se otorga mayor rapidez a las ejecuciones, evitando los sucesivos trámites de suspensión, sustitución o algunas de las suspensiones especiales que se contemplan el Código y que solían darse en la práctica de forma sucesiva. Se trata, a nuestro juicio, de uno de los mayores aciertos de la reforma.

La tesis doctoral se estructura en cuatro capítulos: El primero pretende sencillamente sentar las coordenadas de nuestro sistema de ejecución de condenas privativas de libertad, explicando algunos de sus aspectos más relevantes desde la perspectiva procesal. En concreto, se examinan los órganos jurisdiccionales que intervienen en la ejecución de la pena, incidiendo sobre algo ya muy manifestado desde distintos ámbitos doctrinales, la necesidad de una regulación clara de la competencia, el

procedimiento y los sujetos intervinientes en los diferentes incidentes que conforman una actividad tan dilatada en el tiempo y sometida a circunstancias distintas, en función de distintas variables, como es la ejecución de una condena privativa de libertad.

En el segundo capítulo se aborda el único régimen de sustitución de penas propiamente dicho que subsiste en nuestra legislación tras la derogación del art. 88 CP: la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio español. Así, pese a que el CP lo regula después de la suspensión de la ejecución de la pena y antes de la libertad condicional, hemos considerado oportuno adelantar su estudio para no romper la continuidad en el resto de instituciones dedicadas a la suspensión.

La sustitución de la pena por expulsión, regulada en el art. 89 CP, amplía su ámbito subjetivo de aplicación a cualquier extranjero, independientemente de cuál sea su situación administrativa en España, es decir, se extiende a todos los extranjeros. Será, pues, la carencia de nacionalidad española del penado, y no su condición administrativa de residencia, el presupuesto para decretar su expulsión.

También será posible sustituir la pena por expulsión a los ciudadanos de la Unión Europea y de los países en los que se aplica el régimen comunitario, aunque para ellos se establece, por exigencias inherentes a la jerarquía de las fuentes del Derecho, un régimen especial respetuoso con las restricciones que a la expulsión imponen los Tratados constitutivos y el Derecho derivado de la Unión Europea.

Lo normal será la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por su expulsión del territorio español. Sólo excepcionalmente, por razones de prevención general (para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito), el juez o tribunal podrá acordar la ejecución, total o parcial, de la pena.

Se consagra en el art. 89.4 CP el principio de proporcionalidad, así como la consideración a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular, su arraigo, recogándose, de este modo, en nuestro derecho positivo la doctrina jurisprudencial que reiteradamente desterraba todo automatismo en la adopción de la medida de expulsión del extranjero, exigiendo que se procediese a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto.



El capítulo dedicado a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad es el más extenso, puesto que el CP regula varias modalidades de esta institución, que es necesario examinar individualizadamente, contrastando los caracteres de cada una de ellas con la regulación general. Lo primero que nos planteamos es la delimitación de los fines a los que sirve la suspensión de la ejecución de la condena, puesto que el acierto de sus requisitos y condicionantes depende de lo adecuados que sean para las finalidades que con ellos se pretenden. Y, como se verá, observamos, que el criterio fundamental para resolver sobre la suspensión de la pena, no es evitar el previsible efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, sino precisamente que con el proceso y la condena la prevención especial ya está cumplida, que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos.

La suspensión de la ejecución de la pena mantiene en la versión de la LO 1/2015 los presupuestos clásicos de un determinado límite de pena, primariedad delictiva y satisfacción de las responsabilidades civiles; sin embargo, hay matices legales y también aportados por la jurisprudencia de estos últimos años que permiten hacer una lectura de esos requisitos más ajustada a la situación del reo, a lo que ha sido su conducta en relación con el delito cometido y a su pronóstico futuro.

El art. 82.1 CP nos brinda dos momentos para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena: el primero y preferente será en la propia sentencia, siempre, claro está, que sea posible, es decir, siempre que el órgano jurisdiccional disponga de los elementos necesarios para acordar lo procedente; cuando no sea así, la suspensión de la ejecución de la pena se acordará en auto posterior, una vez firme la sentencia.

El último capítulo está dedicado a la libertad condicional, que experimenta un profundo cambio en cuanto a su naturaleza jurídica. La nueva regulación la identifica con una institución –la suspensión– que pretende evitar el ingreso de una persona en prisión, mientras que la libertad condicional, tradicionalmente, ha estado dirigida a anticipar la excarcelación del penado para preparar su vida en libertad.

Como consecuencia de este cambio, la libertad condicional deja de ser una forma específica de cumplimiento de la pena privativa de libertad (el cuarto y último grado, como era considerada habitualmente), convirtiéndose en la suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un determinado plazo, entre 2 y 5 años, computable desde la puesta en libertad del penado. Si durante ese plazo

el penado no comete un delito y cumple las condiciones que le hayan sido impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; si, por el contrario, delinque o incumple gravemente las condiciones, la libertad le será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin abono del tiempo de la suspensión.

En cuanto a la regulación concreta, hay dos novedades muy destacables, dos modalidades particulares de libertad condicional que no responden meramente a la flexibilización o al endurecimiento de los requisitos para obtenerla, sino a otras razones de política criminal. Por un lado, se crea una nueva modalidad privilegiada y excepcional de libertad condicional que será aplicable a los penados que cumplan su primera condena de prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena que no supere los tres años de duración. En estos casos se adelantaría la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena, si cumplen el resto de los requisitos exigidos en el art. 90.3 CP. Se trata, como dice el Preámbulo de la LO 1/2015, de ofrecer “nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presenten un pronóstico favorable de reinserción”.

Por otro, se introduce en el art. 92 CP la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución del resto de la pena, cuyo conocimiento se atribuye al tribunal sentenciador, lo que va en contra de la legislación penitenciaria que encomienda al juez de vigilancia penitenciaria la concesión de la libertad condicional, e implica la derogación tácita de sus preceptos.

La tesis doctoral se cierra con un conjunto de conclusiones que sintetizan las aportaciones más relevantes de este trabajo.

## ABSTRACT

This piece of study explores the alternative enforcement measures to imprisonment regulated by the Spanish Criminal Code (SCC) 1995, chapter III, book I, under the heading “*On substitute forms of execution of sentences involving deprivation of liberty and on probation*”. Provisions in chapter III have been profoundly modified by the adoption of the Spanish Organic Law (SOL) 1/2015, of 30 March, which entered into force on the 1<sup>st</sup> of July, 2015.

Updates on the Spanish Criminal Code have unified in a single rule the various forms of suspension of sentences and sentence substitution. This entails not only the abolition of the traditional regulation of sentence substitution provided by abrogated article 88 SCC, which stipulated the substitution of prison sentences not exceeding one year –or exceptionally two– with fines or community services, but also the introduction of the criminal recognition of such substitute punishment as “provisions or measures” which may be imposed, in addition to other mandatory obligations, on the suspension of the sentence enforcement. The regulation of substitution has been limited to cases where imprisonment is ordered against an alien, which may be substituted by deportation. In turn, probation has now become a form of suspension of the remaining penalty to be enforced.

The new regulation of the alternative forms to the execution of sentences involving deprivation of liberty is thoroughly extensive, since it provides a unitary system for the suspension of sentence enforcement with several variants, under which the former substitution of imprisonment sentences (provided by abrogated article 88 SCC) becomes a form of suspension. A faster completion of sentences is achieved by avoiding subsequent proceedings of suspension, substitution or any extraordinary suspension provided by the SCC which used to drag on in practice. This is, in our view, one of the wisest moves of the reform.

This doctoral thesis is articulated around four chapters: the first chapter lays the foundations of the Spanish system for the enforcement of sentences involving deprivation of liberty and explores some of the most relevant procedural aspects. In particular, the various courts involved in sentence enforcement are approached, stressing a traditional demand claimed by various writings of jurists: the need for a clear-cut regulation of competences, procedures and participants in the various steps of

such a long process which is subject to different circumstances based on numerous variables as is the case for the enforcement of sentences involving deprivation of liberty.

The second chapter addresses the only norm for penalty substitution which has survived as such after the abrogation of article 88 SCC: the substitution of sentences involving deprivation of liberty by deportation. Although the norm is arranged after a set of provisions for the suspension of sentence enforcement and before probation, it is analyzed in this chapter to ensure continuity with the rest of bodies involved in sentence suspension.

The subjective scope of the substitution of sentence by deportation, regulated by article 89 SCC, is extended to any alien regardless of his or her residency status in Spain, i.e., to any and all aliens. Therefore, it is the convict's lack of nationality, rather than his or her residency status in Spain, that shall trigger his or her deportation.

Penalties imposed on citizens from Member States and from those countries subject to Community law may be also substituted by deportation, provided that, in compliance with the requirements inherent to the hierarchy of the sources of Law, restrictions to deportation stipulated in EU constitutional treaties and secondary legislation are observed.

On a regular basis, sentences of imprisonment exceeding one year handed down to aliens shall be substituted by deportation. However, the judge or the court may exceptionally order the enforcement of all or part of the penalty for preventive reasons (in order to ensure the defense of the legal system and restore trust in the enforceability of the regulation breached by the offender).

Article 89.4 SCC enshrines the principle of proportionality and the recognition of facts and the perpetrator's personal circumstances, in particular, his or her settlement in the national territory, infusing Spanish statutory law with the jurisprudence that privileged the individual examination of each particular case over any kind of automatism in deportation decisions, balancing conflicting fundamental rights in a thorough and restrained manner.

The section devoted to the suspension of sentences involving deprivation of liberty constitutes the longest chapter, since the wide range of forms of this head of law set forth by the SCC requires individual analysis by comparing particular features with general regulation. The first issue under discussion is the delimitation of the purposes of

the suspension, since the convenience of its requirements and conditions heavily depends on how adequate they are for the intended purposes. And, as evidenced further on, the primary criterion to order the suspension of a sentence is not to avoid the likely corrupting effect of prison in first-time offenders but rather that the prosecution process and sentence are enough to guarantee special prevention, i.e., that the sentence serving is unnecessary to avoid the future perpetration of crimes.

The amendment introduced by SOL 1/2015 preserves former preconditions – fixed maximum penalty, lack of priors, and satisfaction of civil liability– for suspension of sentence enforcement but brings in certain legal and jurisprudential nuances which enable an interpretation of these requirements with a closer view to the convict's circumstances, his or her attitude towards the offenses perpetrated and the expectations with regard to his or her reentry.

Article 82.1 SCC identifies two stages to decide upon the suspension of sentence enforcement: suspension shall be firstly and preferably granted when the judgment is pronounced, if possible, of course, i.e., provided that requirements to order the suspension are deemed to be met; otherwise the suspension of the sentence enforcement shall be notified by a subsequent court order, after the sentence is made final.

The last chapter is devoted to probation, which has undergone a profound change with respect to its legal status. Pursuant to the new regulation it ranks equally with a head of law –that of suspension– intended for avoiding the offender's imprisonment, while probation has been traditionally focused on anticipating the convict's release and arranging his or her reentry.

As a result of this change of status, probation shall be no longer a special form of serving a sentence involving deprivation of liberty (fourth and lowest degree within the prison system, as it was commonly known in Spain) but rather a suspension of the enforcement of the remaining sentence for a 2-5 year period, calculated as of the convict's release. If during this period the convict refrains from perpetrating any crime and complies with the applicable conditions, the pending sentence shall be deemed terminated; if, on the contrary, the convict seriously breaches the applicable conditions, release shall be revoked and he or she shall serve the remaining sentence without reductions for the time spent on suspension.

With regard to specific regulations, there are two outstanding introductions: two special forms of probation which do not merely rely on the relaxation or tightening of requirements to be granted, but rather on grounds of criminal policy. First of all, a new privileged and exceptional form of probation is introduced for first-time convicts, always provided that the sentence does not exceed three years. In these cases probation shall be granted earlier –after serving half of the sentence– when the rest of requirements provided by article 90.3 SCC are met. The purpose is, as stated by the preamble of the SOL 1/2015, to provide “first-time convicts who are expected to have a successful reentry with new opportunities to be released”.

Secondly and for the first time, article 92 SCC regulates the reconsideration of the reviewable life imprisonment as a case of probation or suspension of the enforcement of the remaining sentence, which, pursuant to the Code, shall be heard by the sentencing court. This provision is inconsistent with the Spanish penitentiary law under which probation is granted by the competent prison judge and it entails the tacit revocation thereof.

Lastly, a set of conclusions summarizing its most outstanding contributions puts an end to this doctoral thesis.

## **ABREVIATURAS**

|        |   |
|--------|---|
| AAP    | Auto de la Audiencia Provincial.  |
| AJCVP  | Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.   |
| AJVP   | Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.   |
| AN     | Audiencia Nacional.   |
| AP     | Audiencia Provincial.   |
| Art.   | Artículo.   |
| ATC    | Auto del Tribunal Constitucional.   |
| ATS    | Auto del Tribunal Supremo.  |
| CAAS   | Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.  |
| CC     | Código Civil, de 24 de julio de 1889.   |
| CE     | Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.  |
| CEDH   | Convenio Europeo de Derechos Humanos.   |
| CGPJ   | Consejo General del Poder Judicial.   |
| CIE    | Centro de Internamiento de Extranjeros.   |
| CIS    | Centro de Inserción Social.   |
| CP     | Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.   |
| CPP    | Código Procesal Penal. Propuesta de texto articulado de Ley de enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. |
| DGIIPP | Dirección General de Instituciones Penitenciarias.  |
| DM     | Decisión Marco.   |
| LEV    | Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.  |
| F.     | Fundamento.   |
| FF.    | Fundamentos.  |
| FGE    | Fiscalía General del Estado.  |
| JCV    | Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.  |

|       |  |
|-------|--|
| JVP   | Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.   |
| LCC   | Ley de Condena Condicional de 1908.  |
| LECR  | Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.   |
| LO    | Ley Orgánica.  |
| LOEX  | Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.   |
| LOGP  | Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.   |
| LOPJ  | Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985.  |
| LOTG  | Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979.   |
| LOTJ  | Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 22 de mayo de 1995.   |
| MF    | Ministerio Fiscal.   |
| núm.  | Número.  |
| NIE   | Número de Identificación de Extranjeros.   |
| OMS   | Organización Mundial de la Salud.  |
| pág.  | Página.  |
| págs. | Páginas.   |
| PPR   | Prisión Permanente Revisable.  |
| RD    | Real Decreto.  |
| Rec.  | Recurso.   |
| REX   | Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril. |
| RP    | Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.   |
| RTC   | Recurso Tribunal Constitucional.   |
| SAP   | Sentencia de la Audiencia Provincial.  |



|        |  |
|--------|--|
| Sec.   | Sección.   |
| SGIIPP | Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.                            |
| SGPMA  | Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas.                           |
| SIRAJ  | Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. |
| SSTC   | Sentencias del Tribunal Constitucional.  |
| STEDH  | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.                            |
| STJUE  | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.                        |
| SSTS   | Sentencias del Tribunal Supremo.   |
| STC    | Sentencia del Tribunal Constitucional.   |
| STS    | Sentencia del Tribunal Supremo.  |
| STSJ   | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.                                   |
| TC     | Tribunal Constitucional.   |
| TEDH   | Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  |
| TFUE   | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.                                 |
| TJUE   | Tribunal de Justicia de la Unión Europea.                                      |
| TS     | Tribunal Supremo.  |
| UE     | Unión Europea.   |

## INTRODUCCIÓN

Nadie discute el importante papel que la ejecución de lo resuelto tiene en el proceso, en el ejercicio de la jurisdicción y en el funcionamiento de la administración de justicia; sin embargo, la ejecución penal ha sido la gran olvidada del proceso penal. Así, la inmensa mayoría de manuales universitarios cuyo objeto es el proceso penal ni siquiera abordan esa cuestión, o lo hacen de manera muy breve; los Jueces y Fiscales, en términos generales, centran sus esfuerzos en el proceso hasta que éste alcanza resolución firme, y los Abogados defensores, también por regla general, dan por concluida su tarea una vez pronunciada la sentencia condenatoria; ni siquiera el propio legislador ha reparado en la necesidad de procurar un cuerpo normativo cierto, bastante y coherente con el que poder afrontar las vicisitudes de la ejecución.

Actualmente las normas legales y reglamentarias que rigen la ejecución penal se encuentran muy fragmentadas: nuestra LECR destina a la ejecución de las sentencias el último de sus libros que se sustancia en dieciséis artículos (del 983 al 998); fuera de este texto procesal, hallamos normas esenciales referidas a la ejecución penal, en la Constitución Española, en el Código Penal, en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento, en la Ley de Demarcación y Planta Judicial, en Tratados Internacionales y bilaterales, o en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Resulta evidente, pues, la necesidad de una regulación procesal unitaria que articule la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme, garantizando los principios de legalidad y celeridad, así como los de oficialidad, contradicción entre las partes, igualdad de armas procesales y de audiencia.

El 22 de junio de 2011, el Consejo de Ministros, a propuesta del entonces Ministro de Justicia D. Francisco Caamaño, aprobó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regulaba, por fin, en su Libro IX la ejecución penal. Sin embargo, debido a la convocatoria anticipada de elecciones generales, este texto no llegó nunca a ser debatido por las Cortes Generales.

A principios del año 2013 vio la luz la llamada “Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por

Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012”, conocida como Código Procesal Penal, que tampoco llegó a ser debatido por las Cortes Generales. Este texto dedica su Libro VII a la Ejecución de las penas, sus consecuencias accesorias y medidas de seguridad impuestas por sentencia firme. Esta propuesta de Código Procesal Penal plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso difícil de alcanzar a corto plazo, lo que precipitó la promulgación de la Ley 41/2005 y la Ley Orgánica 13/2015, ambas de 5 de octubre, que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo una serie de reformas que no hacen sino “parchear” la ley procesal, pero que no regulan la ejecución de la pena privativa de libertad.

No obstante, el motivo fundamental que nos ha llevado a abordar este trabajo ha sido la reforma del Código Penal de 1995, parcialmente reformada a su vez por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta Ley es fruto de un lento camino legislativo que arrancó con el Anteproyecto de Reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012, y que hasta el día 1 de octubre de 2013 no se alzó como Proyecto. Pasado más de un año, cuando parecía que caería en el olvido ante las fechas ciertas de comicios electorales generales, entre enero y marzo del año 2015 el texto pasó como una exhalación por las Cortes Generales hasta que recibió el refrendo mayoritario de las Cámaras.

El Capítulo III del Libro I del Código Penal, que lleva por título “De las formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional” se divide en cuatro Secciones: De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 a 87); De la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 89); De la libertad condicional (arts. 90 a 93); y Disposiciones comunes (arts. 94 y 94 bis).

La LO 1/2015 incorpora en este Capítulo una importante modificación en la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, con la finalidad esencial, según se establece en su Preámbulo, de “dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión”. Con esta reforma, continua diciendo, “se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas

ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión”.

Con esta reforma el legislador ha tratado de reunificar en un solo instituto las diferentes suspensiones de la ejecución y sustitución de las penas, suprimiendo la tradicional sustitución de la pena de prisión regulada en el art. 88 CP, que permitía la sustitución de las condenas de prisión de un año y excepcionalmente de dos, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, e incluyendo el contenido penológico de esas penas sustitutas como “prestaciones o medidas” susceptibles de imponerse, al margen de las reglas de conducta, en la suspensión de la ejecución de la pena.

Así pues, el régimen de la sustitución ha quedado reducido a la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional, regulada en el art. 89 CP, que también ha sido modificado por la LO 1/2015, siendo lo más destacable la extensión subjetiva a todos los extranjeros, con independencia del carácter legal o ilegal de su situación administrativa. Además la reforma limita la posibilidad de sustitución de la pena por la expulsión del territorio español de extranjeros, residentes legales o no, exclusivamente a las penas de prisión, en defecto de las penas privativas de libertad; y establece un límite mínimo de duración de la pena de prisión a partir del cual las mismas son susceptibles de ser sustituidas, en lugar del límite máximo que establecía el antiguo art. 89 CP.

Otra modificación importante que introduce la LO 1/2015 es la regulación de la libertad condicional, que pasa de ser una forma de cumplimiento de la parte final de la pena de prisión impuesta al penado, a una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena que le resta por cumplir; así pues, el tiempo que el condenado pase en libertad condicional ya no computará como tiempo de cumplimiento de la condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado periodo de tiempo, que no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento; de manera que si durante ese tiempo el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena; y en caso contrario, la libertad condicional será revocada, y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la normativa aplicable a la suspensión de la ejecución de la pena.

Finalmente, la LO 1/2015 introduce la regulación del régimen de revisión de la novedosa prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena, en el que se fija un plazo durante el cual el penado queda sujeto a unas determinadas condiciones, y cuya regulación también se remite a la normativa aplicable a la suspensión de la ejecución de la pena.

Todas estas reformas nos han animado a examinar y analizar, exhaustivamente, las formas sustitutivas de la ejecución de las condenas privativas de libertad, poniendo en evidencia las deficiencias que encontramos en su regulación, y proponiendo las soluciones que, a nuestro juicio, sean más razonables, teniendo en cuenta que serán los textos vigentes los que nos sirvan de hilo conductor en el desarrollo de la presente Tesis doctoral, si bien haremos alguna alusión a la regulación propuesta en el Código Procesal Penal de 2013.

No pensamos que esta tarea nos resulte fácil, pues la reforma ha tenido poco recorrido práctico y estamos lejos de contar con un texto procesal que regule la ejecución penal de forma seria y rigurosa; aunque, partiendo de la experiencia profesional en la actual ejecución penal, la expectativa de contar finalmente con una regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad objetiva, seria y verdadera, nos lleva a abordar con energía esta investigación.

Así pues, en los siguientes capítulos vamos a estudiar, en primer lugar, la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español; en segundo lugar la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, con sus diferentes variantes, como son la suspensión general u ordinaria, la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, la suspensión por enfermedad grave o incurable y la suspensión para drogodependientes; finalizando, en tercer lugar, con el estudio de la libertad condicional como nueva modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena.

No obstante, el ordenamiento jurídico ofrece otras posibilidades para obtener la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, como son la suspensión de la ejecución de la pena mientras que se tramita el indulto (art. 4.4 CP), la suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrevenido (art. 60 CP) y la suspensión por la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que, no son formas sustitutivas de la ejecución de la pena en sentido estricto, por lo que no serán objeto de estudio en este trabajo.

Sin embargo, antes de comenzar, nos parece oportuno situar al lector en el proceso.

## **CAPÍTULO I.- CONCEPTOS GENERALES DE LA FASE DE EJECUCIÓN**

Declarada la firmeza de la sentencia condenatoria, finaliza la fase de juicio oral y comienza la de ejecución. El inicio de la ejecución penal tiene como presupuesto básico la existencia de un título ejecutivo. Aquí se muestra una de las diferencias más importantes con el proceso civil, pues en éste, al regir el principio dispositivo, se requiere además del título que el ejecutante inste la ejecución. Sin embargo en el proceso penal, basta con constatar la concurrencia del título ejecutivo para que el órgano jurisdiccional funcionalmente competente inicie de oficio la ejecución de la sentencia de condena (Art. 988, II LECR).

El principio de oficialidad, por lo que respecta a la ejecución de las penas privativas de libertad, viene expresamente recogido en el art. 990 LECR a tenor del cual “corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno”.

### **1. El título ejecutivo**

El título ejecutivo es el documento público en el que consta la sentencia firme, es decir, es el documento público que contiene la declaración de voluntad irrevocable de un órgano jurisdiccional de que una persona sea sometida a una pena o medida de seguridad. Las leyes procesales lo llaman ejecutoria o documento público y solemne, encabezado en nombre del Rey, que contiene la sentencia (Arts. 245.4 LOPJ y 141 y 143 LECR).

Una vez formado el título ejecutivo, el órgano jurisdiccional competente procede, de oficio, a realizar los actos legal y reglamentariamente contemplados para la ejecución de las penas impuestas.

El título para la ejecución de las penas privativas de libertad es la sentencia firme de condena. Como señala NAVARRO VILLANUEVA, para proceder a la ejecución de una pena, se requiere, como primer presupuesto, “que ésta esté contenida en una sentencia firme”. Al amparo de lo dispuesto en el art. 141 LECR será firme aquella sentencia contra la que no quepa recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario,

salvo el de revisión<sup>1</sup>. “La firmeza puede producirse por el transcurso del plazo legal de que disponen las partes para impugnar la sentencia definitiva dictada por el tribunal penal competente, sin haber interpuesto el recurso, esto es, por preclusión. Obviamente, la firmeza también tendrá lugar cuando las partes sí han hecho uso de todos los recursos posibles, de tal modo que se ha llegado ya a la última sentencia, la firme, contra la que no cabe recurso alguno. Los efectos que la declaración de firmeza, o si se prefiere de cosa juzgada formal, comporta para la materia que nos ocupa son de gran trascendencia. Efectivamente, la firmeza de la sentencia condenatoria determina el punto de inflexión a partir del cual, y en virtud del principio de seguridad jurídica, la pena es inamovible, dejando a salvo las modificaciones que ésta pueda experimentar por un eventual recurso de revisión e incluso de amparo. Y, lo que es más importante, la pena contenida en la sentencia firme, que pone fin al proceso penal de declaración, es, desde ese momento, ejecutable”<sup>2</sup>.

El Art. 18.2 LOPJ dispone que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos; sin embargo, en el ámbito penal la ejecución de la pena es dinámica, porque el pronunciamiento admite modalidades en su cumplimiento; el Poder Judicial debe verificar este dinamismo en la ejecución de sus propios pronunciamientos, de manera que éstos no se desnaturalicen y tampoco se queden estáticos, sin aplicarles las oportunidades previstas en la ley.

Así pues, el título ejecutivo puede padecer alteraciones como consecuencia de la aplicación de alguna de las medidas alternativas a las penas de privación de libertad previstas por la Ley, que incidirán siempre sobre la ejecución material de las mismas, suspendiendo su ejecución o reduciendo su duración, siendo, en definitiva, una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta orientada a la reeducación y reinserción social del penado.

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 31 de enero de 2000, declarando que: “la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título

---

<sup>1</sup> Que técnicamente no es un recurso sino un expediente para la rescisión de la cosa juzgada.

<sup>2</sup> NAVARRO VILLANUEVA, C., “Presupuestos y naturaleza jurídica de la ejecución penal”, *Ejecución de la pena privativa de libertad* (Enero 2002). <http://vlex.com/vid/278774>, pág. 8.



legítimo de restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo”<sup>3</sup>.

Más recientemente, la STC de 28 de mayo de 2014, afirma con toda claridad que “la suspensión de la ejecución ha sido concebida como una modalidad alternativa a la ejecución en sus propios términos de las penas de prisión, esto es, a la efectiva privación de libertad. [...] Tal aserto se asienta en la configuración legal de ese instituto jurídico, conforme a la cual, si el penado se abstiene de delinquir durante el período fijado y, en caso de ser impuestas, cumple con obligaciones y deberes fijados en la resolución que le otorga el beneficio, se producirá el mismo resultado que si hubiera cumplido en su literalidad la pena de prisión impuesta en sentencia. [...] La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulada en el artículo 80 y siguientes del Código Penal no tiene por finalidad preservar la efectividad de una potencial modificación del fallo, sino articular un modo de ejecución alternativa al cumplimiento material de la pena privativa de libertad que, en atención al comportamiento favorable del penado, habilita un resultado del todo coincidente con el cumplimiento efectivo de la pena”<sup>4</sup>. En igual sentido se ha pronunciado el TC en sus sentencias de 8 de septiembre y de 3 de noviembre de 2014 en lo que ya es, por tanto, una doctrina claramente consolidada.

## **2. Órganos jurisdiccionales que intervienen en la ejecución**

Como es sabido, el art. 117.3 de la Constitución determina que el ejercicio de la potestad jurisdiccional de todo tipo de procesos, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

La ejecución de las sentencias penales viene regulada de manera general en el Libro VII de la LECR, con el título “De la ejecución de las sentencias”, arts. 983 a 998, aunque encontramos también referencias para la ejecución de las sentencias dictadas en el Procedimiento Abreviado en el art. 794, y en el art. 803.3 para la ejecución de las

---

<sup>3</sup> STC, Sala 1ª, núm. 25/2000, de 31 de enero, RTC\2000\25.

<sup>4</sup> STC, Sala 2ª, núm. 81/2014, de 28 de mayo, RTC\2014\81.

sentencias dictadas en el marco del Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

El art. 9 LECR determina las normas de competencia funcional, estableciendo que: “los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801”.

No obstante, tras la promulgación de la LOGP y su Reglamento, en nuestro sistema procesal penal la competencia para llevar a efecto las distintas funciones jurisdiccionales propias de la ejecución se distribuye entre el órgano jurisdiccional que haya dictado la sentencia cuya pena privativa de libertad va a ejecutarse, y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que corresponda.

En lo que respecta a las formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad objeto de este estudio, la competencia para acordarlas también se divide entre los Juzgados o Tribunales sentenciadores y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria; así, los órganos judiciales sentenciadores son competentes para acordar tanto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con sus diferentes variantes, es decir, la suspensión general u ordinaria, la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, la suspensión por enfermedad grave o incurable y la suspensión para drogodependientes. El órgano sentenciador resolverá en sentencia sobre la sustitución o la suspensión de la pena siempre que sea posible; en los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia mediante auto. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, por su parte, son competentes para acordar la libertad condicional o suspensión del resto de la pena.

Esto es así porque hasta el momento del ingreso en prisión del condenado la competencia del órgano sentenciador es exclusiva, por lo que será este órgano quien se pronuncie sobre la sustitución o suspensión de la ejecución de la pena; sin embargo, una vez que el condenado ingresa en prisión pasa a depender del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que corresponda, quien, conforme a lo dispuesto en el art. 76.2 a) LOGP, a partir de ese momento, adoptará todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales

sentenciadores. Por esta razón, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene la competencia para acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena o libertad condicional, ya que en el momento de decidir sobre la misma, el condenado se encuentra ingresado en prisión cumpliendo la pena de prisión impuesta, bajo la tutela del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Lo mismo sucede con las demás posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece para obtener la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, como son la suspensión de la ejecución de la pena mientras que se tramita el indulto (art. 4.4 CP), la suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrevenido (art. 60 CP) y la suspensión por la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; en estos supuestos, el órgano sentenciador es competente para acordar la suspensión de la ejecución de la pena mientras que se tramita el indulto, y el Juzgado de Vigilancia Penitencia lo es para resolver sobre la suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrevenido. La suspensión por la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional la acordará la Sala o Sección correspondiente del propio Tribunal Constitucional.

#### **a) Qué se entiende por Juzgado o Tribunal sentenciador**

Como se ha dicho, la competencia funcional para la ejecución de las sentencias firmes en causas por delito corresponde al Juez o Tribunal que las haya dictado (art. 794, 803.3 y 985 LECR). Sin embargo esta regla general sólo se cumple cuando la sentencia de instancia no se recurre y se declara firme por el propio órgano que la dictó, salvo en las sentencias de conformidad del art. 801, en las que el Juez de Instrucción, tras acordar lo procedente respecto al cumplimiento de la pena privativa de libertad, remite la sentencia al Juzgado de lo Penal para que continúe con su ejecución.

La realidad es que la sentencia firme dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en recurso de casación, o la dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, cuando no se haya interpuesto recurso de casación, se ejecuta por el Juzgado o Tribunal que hubiere dictado la sentencia en primera instancia, no por el órgano judicial que ha dictado la sentencia firme.

Así lo disponen el art. 986 LECR, eximiendo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la ejecución de las sentencias que dicte a continuación de la de casación y atribuyendo la ejecución al Tribunal que hubiese dictado la sentencia casada, en vista de la certificación que al efecto le remitirá la Sala; y el art. 792.4 LECR, que dispone que contra la sentencia dictada en apelación solo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 847 y que cuando no se interponga recurso contra la sentencia dictada en apelación los autos se devolverán al juzgado a los efectos de la ejecución del fallo.

Respecto de las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción, en el marco de los juicios rápidos y cuando exista la conformidad del acusado, declarada que sea la firmeza de la sentencia, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, será el propio Juez de Instrucción quien se pronuncie sobre la suspensión de la misma, remitiendo, seguidamente, las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución (art. 801.4 LECR); de manera que, en estos casos, órgano sentenciador a efectos de ejecución, es el Juzgado de lo Penal, o de ejecutorias cuando exista este órgano especializado, aunque no es éste el que se pronuncia sobre la suspensión o sustitución, que le vendrá ya dada por el Juzgado de Instrucción que conoció del juicio oral y dictó la sentencia que se ejecuta.

Además, en determinados partidos judiciales la ejecución de las sentencias firmes corresponde a los llamados “Juzgados de Ejecutorias”, función que será desarrollada, con carácter exclusivo, por uno o varios Juzgados de lo Penal de entre los de una determinada “circunscripción judicial” con relación a las sentencias firmes pronunciadas en primera instancia por sus iguales (por los demás Juzgados de lo Penal de la misma demarcación), previo Acuerdo en este sentido del CGPJ, al amparo de la previsión contenida en el art. 98 de la LOPJ<sup>5</sup>. Partiendo de esta cobertura legal, existen Juzgados de ejecutorias en Madrid (6), Barcelona (4), Palma de Mallorca (1), San Sebastián (1), Bilbao (1) y Valencia (4). Estos juzgados especializados asumen las competencias que en cuanto a la ejecución penal corresponden a los juzgados sentenciadores aun cuando no han intervenido en el juicio oral ni en la sentencia que se ejecuta. Se trata de Juzgados con una gran carga de trabajo, ya que ejecutan tanto las

---

<sup>5</sup> Dicho precepto establece que el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional del que se trate.

sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, como las de conformidad dictadas en los juicios rápidos por los Juzgados de Instrucción de su misma demarcación, lo que les ha llevado en numerosas ocasiones a solicitar medidas de apoyo para reducir tal carga, sin que hasta la fecha podamos decir que la ejecución penal en estos juzgados esté al día. Los juzgados de ejecutorias asumen, pues, lo acordado por el Juzgado de lo Penal o de Instrucción en sus respectivas sentencias; de manera que, cuando se haya resuelto expresamente sobre la suspensión en la sentencia firme que se ejecuta, estarán a lo acordado en la misma; en caso contrario, serán ellos los encargados de iniciar el trámite de ejecución y acordar lo procedente.

También, en su caso, los tribunales *ad quem* que resuelvan recursos devolutivos cuando procedan al dictado de sentencias condenatorias o, incluso, el propio Tribunal Supremo cuando conozca del recurso de casación, tendrán competencia para acordar la suspensión o sustitución de la ejecución de la pena. No obstante, aunque tiene competencia para hacerlo, es frecuente que difieran esta decisión al juzgado o tribunal sentenciador, cuando éste cuente con más elementos de juicio para resolver. En cualquier caso, como se ha dicho, firme la sentencia, devolverán las actuaciones al órgano sentenciador para que proceda a la ejecución del fallo.

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado también contiene algunas previsiones expresas sobre la suspensión de condena; así, el art. 52.2 en el marco de la regulación del objeto del veredicto, prevé que el Magistrado-Presidente recabe, en su caso, la opinión de los jurados acerca de la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena; se trata, no obstante, de una opinión no vinculante, pues la decisión final corresponde al propio Magistrado-Presidente.

En definitiva, tribunal sentenciador, a efectos de la ejecución, se considera al que ha conocido en la instancia, con la matización expresada anteriormente respecto a los juzgados de ejecutorias, cumpliéndose así la norma de competencia funcional establecida en el art. 9 LECR, que dispone que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801 para los juicios rápidos.

Todas estas pequeñas diferencias, nos llevan a pensar que el legislador no tiene muy claro si regula un incidente declarativo (y entonces el jurado se pronuncia, y entonces resuelve el Juez de Instrucción en los juicios rápidos, y entonces no entran en

la especialización para la ejecución), o regula un incidente de ejecución, que es realmente la naturaleza que tiene algo que, sin alterar la condena, manteniendo ésta su existencia y sus efectos, se refiere al modo en que va a tenerse por cumplida.

Nos parece muy interesante hacer alusión, aquí, a la propuesta que a este respecto hace el Código Procesal Penal de 2013, que plantea una solución diferente a la actual, mucho más clara y objetiva, otorgando la competencia para la ejecución de las sentencias penales al Tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia a través de su Tribunal de Ejecución, con una excepción: “la ejecución de las sentencias condenatorias o que impongan una medida de seguridad a persona frente a la que exista una ejecución pendiente corresponderá al Tribunal que estuviera conociendo de ésta, salvo para las decisiones en aquellas materias que conforme a este Código deba adoptar en todo caso el Tribunal sentenciador”<sup>6</sup>.

Según esta propuesta, la competencia funcional para la ejecución de las sentencias condenatorias no correspondería exclusivamente al Tribunal que hubiera dictado la sentencia que se ejecuta, sino que podría corresponder también al Tribunal de Ejecución que estuviera conociendo de la primera ejecutoria seguida contra el condenado; de este modo se produciría lo que podemos denominar una “acumulación de ejecutorias”, centralizándose la ejecución penal en un solo Tribunal encargado del proceso de ejecución seguido contra el penado, que abriría tantas piezas separadas como ejecutorias se fueran incorporando al proceso de ejecución.

Para ello, continúa diciendo el CPP, el Tribunal que hubiese dictado la sentencia en la instancia, una vez firme, consultaría un Registro Nacional de Ejecuciones Penales, que obviamente tendría que crearse, y si hubiese ejecución pendiente contra uno o varios de los penados, deduciría testimonio de la sentencia y de los antecedentes necesarios para remitirlo al Tribunal o Tribunales que estuvieran conociendo de la ejecución.

Si no hubiere ningún proceso de ejecución penal pendiente, el Tribunal de Ejecución abriría la correspondiente ejecutoria, con tantas piezas separadas como penados, y remitiría la información necesaria para su anotación en el Registro Nacional de Ejecuciones Penales.

---

<sup>6</sup> Este código iba anudado a una reorganización de los Tribunales prevista en el Anteproyecto de LOPJ de 2014, que incorporaba como novedad más importante la creación de los Tribunales Provinciales de Instancia como nuevos órganos judiciales de primer grado, dentro de los cuales se preveía la creación de los llamados Tribunales de Ejecución, encargados de llevar a cabo la ejecución de las sentencias dictadas en el mismo.

Para que fuera posible llevar a efecto este tipo ejecución, que podemos denominar “personal”, de las sentencias, propuesta en el CPP, se haría imprescindible la creación de un Registro Nacional de Ejecuciones Penales, que, para que fuera efectivo, debería contener los datos identificativos de todas las personas, tanto físicas como jurídicas, condenas en sentencia penal firme, a cualquier tipo de pena, con expresión de todas las ejecutorias que cada una de estas personas tenga pendientes, de manera que fuera posible realizar la búsqueda introduciendo la identificación de la persona condenada.

Entendemos que este Registro Nacional de Ejecuciones Penales tendría cabida en el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) regulado en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, el cual, conforme dispone su Art. 1, tiene por objeto crear el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, y regular su organización y funcionamiento. Este Sistema de Registros está integrado por el Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes, el Registro Central de Rebeldes Civiles, el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y el Registro Central de Delincuentes Sexuales, y constituye un sistema de información de carácter no público, con aplicación en todo el territorio nacional, cuyo objetivo fundamental es servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal.

A este respecto, la Exposición de Motivos del CPP dice que: “para poder conseguir una mayor eficacia en esta fase del proceso, se establece que todas las ejecuciones que afecten a una persona sean conocidas por el mismo tribunal de instancia de ejecución, con independencia de la ubicación que tenga el tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Para conseguir que esta previsión legal sea una realidad, se crea el Registro Nacional de Ejecuciones Penales, de tal forma que todas las ejecuciones que se inicien en España, tendrán acceso a ese Registro y al mismo tiempo la finalización de la ejecución también quedará reflejada. De esta forma se evitarán situaciones en las que un tribunal busca a un condenado para hacerle cumplir una sentencia, mientras que otro lo tiene en prisión cumpliendo otra condena distinta. A este Registro, con las suficientes garantías de confidencialidad, tendrán acceso todos los órganos judiciales, los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado y la Administración penitenciaria”.

Nos parece muy acertada esta novedad propuesta en el CPP, puesto que el hecho de acumular todas las ejecutorias relativas a un mismo condenado ante un único

Tribunal de Ejecución permitiría a éste disponer de los elementos suficientes de juicio para adoptar las resoluciones más adecuadas a lo largo de todo proceso de ejecución. Como dice la Exposición de Motivos del CPP, con la acumulación de ejecutorias se evitarían duplicidades de actuaciones, “ya no serán varios los órganos judiciales que estén averiguando la solvencia o insolvencia de un mismo condenado. Y además se proporciona al órgano llamado a decidir de los incidentes de ejecución una visión unitaria que permite resolver con mayor profundidad y conocimiento. Por supuesto se solventan problemas de coordinación que han dado lugar en ocasiones a disfunciones con trágicas consecuencias”.

### **b) Juzgado de Vigilancia Penitenciaria**

La misión fundamental del juez de vigilancia penitenciaria, órgano creado *ex novo* por el artículo 76 y ss. LOGP de 1979, es la de fiscalizar la actividad penitenciaria, no sólo en fase de ejecución de sentencias, sino también en caso de internos preventivos, además de garantizar los derechos de los presos.

El art. 94 LOPJ dispone que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitencias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

Con arreglo a la LOGP el juez de vigilancia penitenciaria tiene atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Como se ha dicho, una vez que el condenado ingresa en prisión pasa a depender del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que corresponda, que será el del Centro Penitenciario donde cumpla la pena. Cuando la condena haya sido impuesta por la Audiencia Nacional, la competencia la tendrá el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria con independencia del Centro Penitenciario en el que se encuentre cumpliendo el penado.



Es la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario la que propone a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la cárcel de cumplimiento del penado, que, en principio, debería ser la más cercana posible a su domicilio habitual, a fin de evitar que el cumplimiento de la condena origine en la persona presa un desarraigo familiar y social motivado por el alejamiento geográfico entre la cárcel y el domicilio. El criterio de cercanía a la ciudad o provincia se toma en cuenta en las decisiones administrativas sobre todo para los presos que no tienen antecedentes penales y para los que no son conflictivos. No obstante, muchos penados se encuentran cumpliendo condena en cárceles situadas fuera de las provincias de residencia familiar; ello es debido a que entre los criterios que se utilizan en la distribución de los presos predomina, sobre todo, la seguridad y el orden interno de la cárcel, por lo que no es infrecuente que la administración penitenciaria utilice el traslado como sanción encubierta; de la misma manera, a veces, ha habido conflicto por si un traslado encubría sustraer a un determinado preso de la competencia de un juzgado concreto.

### **3. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea**

El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea constituye uno de los principios básicos de la cooperación judicial en dicho ámbito, junto con la armonización de legislaciones. El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la “piedra angular” de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro, sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento.

Es de interés para este trabajo la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, que permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena o medida privativa de libertad sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción social del condenado. Dicha Decisión Marco ha sido traspuesta al

ordenamiento jurídico español por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La peculiaridad del reconocimiento mutuo de las sentencias condenatorias firmes es que se efectúa con un procedimiento ágil, en una relación directa entre autoridades judiciales.

El art. 64.2 de la Ley 23/2014 dispone que la autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad será el Juez Central de lo Penal, si bien para llevar a cabo la ejecución de la misma, será competente el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria.

El expediente de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea se podrá iniciar, tanto a solicitud de la autoridad judicial del Estado miembro de la Unión Europea, con la transmisión a la autoridad judicial española del certificado para la ejecución de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad; como a petición del Juez Central de lo Penal, que podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de emisión la transmisión del certificado, de oficio o a solicitud del condenado, previa audiencia al Ministerio Fiscal o a iniciativa de éste (art. 79).

Serán de aplicación los arts. 77 a 89 de la Ley 23/2014 que disponen que el Juez Central de lo Penal reconocerá las resoluciones por las que se imponen penas o medidas privativas de libertad transmitidas por otros Estados miembros de la Unión Europea cuando de esta forma se facilite la reinserción social del condenado y se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el condenado sea español y resida en nuestro país.
- b) Que el condenado sea español y vaya a ser expulsado a España con motivo de esa condena.
- c) Aun cuando no se den estas condiciones, si el Juez Central de lo Penal ha consentido la ejecución de la sentencia en España salvo que, en virtud de las declaraciones efectuadas por el Estado español, este consentimiento no sea necesario.

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del certificado, el Juez Central de lo Penal dará traslado al Ministerio Fiscal para que en el plazo de diez días se pronuncie sobre la procedencia del reconocimiento y la ejecución de la resolución.

El Juez Central de lo Penal comprobará si concurre alguna causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución, y resolverá mediante auto, en el plazo de otros

diez días, el reconocimiento de la resolución condenatoria o su denegación. En el auto se determinará el período total de privación de libertad que haya de cumplirse en España, deduciendo del mismo el que ya se haya cumplido en el Estado de emisión. En el caso de que la duración de la condena impuesta en la resolución sea incompatible con la legislación española vigente en el momento en el que se solicita el reconocimiento de la resolución por superar el límite de la pena máxima prevista para ese delito, el Juez Central de lo Penal podrá adaptar la condena. La adaptación consistirá en limitar la duración de la condena al máximo de lo previsto en la legislación española para los delitos por los que el afectado fuera condenado.

En todo caso, en el plazo de noventa días el auto motivado que reconozca o deniegue la ejecución deberá ser firme, convirtiéndose, a partir de entonces, en una ejecutoria más del Juzgado Central de lo Penal, que la ejecutará de conformidad con la legislación española; el auto de reconocimiento será notificado personalmente al penado, quien podrá designar, si así lo desea, abogado de su elección o solicitarlo de oficio. Si concurren en el penado los requisitos necesarios para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, ésta podrá ser concedida por el Juez Central de lo Penal en los mismos términos que una sentencia dictada por él mismo.

Cuando el penado ingrese en prisión, se remitirá el auto de reconocimiento y testimonio de los particulares necesarios, al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, que deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, siendo la única autoridad competente para determinar el procedimiento de ejecución y las medidas conexas a adoptar, incluida la eventual concesión de la libertad condicional. Si la autoridad de emisión informara de la fecha en virtud de la cual el condenado tendría derecho a disfrutar de la libertad condicional, con arreglo a su ordenamiento jurídico, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria podrá tenerla en cuenta.

Igualmente es de interés para este trabajo la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigiladas y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero. Dicha Decisión Marco también ha sido traspuesta

al ordenamiento jurídico español por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Las sentencias cuyo régimen de reconocimiento y ejecución regula el Título IV (arts. 93 a 108) de la Ley 23/2014, son aquellas resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se imponga alguna de las medidas previstas en esta Ley, a una persona física, cuando en relación con su cumplimiento se acuerde:

- La libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada.
- La suspensión de la condena, bien en parte o bien en su totalidad, imponiendo una o más medidas de libertad vigilada que pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte.

Es autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una resolución de libertad vigilada transmitida por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Juez Central de lo Penal (art. 95 Ley 23/2014).

Serán de aplicación los arts. 101 a 108 de la Ley 23/2014 que disponen que, sólo se podrán reconocer las resoluciones de libertad vigilada:

a) Cuando el condenado tenga su residencia legal y habitual en España y conste fehacientemente que haya regresado a nuestro país o que ha manifestado su voluntad de hacerlo ante la autoridad de emisión, o,

b) Cuando, a pesar de no tener el condenado su residencia legal y habitual en España, sí la tengan, desde hace al menos cinco años, sus ascendientes, descendientes o hermanos, o su cónyuge o persona unida a él por relación de naturaleza análoga, siempre que el condenado hubiera conseguido un contrato de trabajo o haya solicitado el cumplimiento en España de la resolución de libertad vigilada.

El Juez Central de lo Penal, en el plazo de cinco días desde la recepción del certificado, oirá al Ministerio Fiscal sobre si procede el reconocimiento y ejecución de la resolución de libertad vigilada, y al condenado, quien deberá prestar su consentimiento expreso para la ejecución de la libertad vigilada en España; a continuación, el Juez Central de lo Penal comprobará si concurre alguna causa de

denegación del reconocimiento o de la ejecución, y dictará, en el plazo de otros diez días, auto motivado reconociendo o denegando su ejecución.

En el caso de que la medida recogida en la resolución de libertad vigilada, por su duración, sea incompatible con el ordenamiento jurídico español por superar el límite máximo previsto en nuestra legislación, es decir, los cinco años previstos en el art. 81 CP, el Juez Central de lo Penal adaptará la condena. La adaptación consistirá en limitar la duración de la medida de libertad vigilada al máximo de lo previsto en nuestra legislación para infracciones equivalentes que se correspondan con las dictadas en el Estado de emisión. Se denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de libertad vigilada, cuando la duración de la medida de libertad sea inferior a seis meses.

En el caso de que la medida de libertad vigilada, por su naturaleza, sea incompatible con el ordenamiento jurídico español, es decir, con las medidas previstas en los arts. 83 y 84 CP, el Juez Central de lo Penal adaptará dicha medida a la contemplada en nuestra legislación para casos similares, que deberá corresponderse tanto como sea posible con la medida impuesta en la sentencia o resolución del Estado miembro de emisión. Se denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de libertad vigilada, cuando la sentencia o, en su caso, la resolución de libertad vigilada incluya medidas médicas o terapéuticas que, de acuerdo con el Derecho español, el Juez Central de lo Penal no puede vigilar.

En ninguno de estos dos casos la adaptación podrá agravar o alargar la medida impuesta en el Estado de emisión.

El auto de reconocimiento y ejecución se notificará personalmente al condenado haciéndole los apercibimientos previstos en el mismo.

El Juez Central de lo Penal será competente para la adopción de las resoluciones ulteriores en relación con la libertad vigilada ante el incumplimiento de la medida de libertad vigilada o de la comisión de una nueva infracción penal del condenado, salvo que la adopción corresponda a la autoridad de emisión por tratarse de alguno de estos supuestos:

a) Cuando la sentencia no imponga una pena o medida privativa de libertad que deba aplicarse en caso de incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones en que consista la medida de libertad vigilada.

b) En los casos de condenas condicionales.

c) En los casos en que la sentencia se refiera a hechos que no constituyan infracción legal en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando se diera alguno de estos supuestos se comunicará, sin demora, al Estado de emisión requiriéndole para que adopte la decisión oportuna, manteniéndose mientras tanto las medidas de vigilancia del condenado.

Entre las decisiones ulteriores que la autoridad judicial española adoptará, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, se encuentran:

a) La modificación de las obligaciones o prohibiciones contenidas en la medida de libertad vigilada, así como de su duración.

b) La revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o resolución de la puesta en libertad condicional.

c) La imposición de una pena privativa de libertad o de medidas de privación de libertad cuando ya se hubiera concretado por la autoridad de emisión.

Las penas o medidas privativas de libertad que procediera ejecutar de conformidad con estas resoluciones ulteriores se llevarán a cabo de conformidad con la legislación española.

El Juez Central de lo Penal informará a la autoridad competente del Estado de emisión de la adopción de cualquiera de estas decisiones, así como de su ejecución, y de aquellas que se refieran a la extinción de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas.

#### **4. Intervención de las partes**

En los capítulos dedicados a la sustitución y suspensión de la ejecución de las condenas privativas de libertad veremos, detenidamente, cómo, dónde y cuándo intervienen las partes en su decisión; no obstante, nos parece oportuno dar aquí una visión general de las partes que intervienen en la ejecución penal.

Es claro que en el proceso de ejecución penal será parte activa el **Ministerio Fiscal**, quien, conforme dispone el art. 3.9 EOMF, deberá intervenir a lo largo de todo el proceso de ejecución penal velando por el cumplimiento de las sentencias penales

como resoluciones que afectan al interés público y social, por lo que se le dará vista de todas las actuaciones que se realicen.

Como es sabido, tanto las víctimas del delito como los perjudicados por el mismo, siempre que no hayan renunciado a su derecho, habrán podido mostrarse parte activa en la causa y ejercer la acción penal los primeros y las acciones civiles que procedan los segundos, en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito; aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante (arts. 109 bis y 110 LECR).

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEV), sistematiza en su Título II los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del Título III. Como explica en su Preámbulo, “se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas [...]. El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o decomiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima. La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado”.

Así, pueden ser parte activa en el proceso de ejecución:

1.- La víctima del delito, cuando se haya personado en el proceso penal en el ejercicio de la **acusación particular**, representada por procurador y defendida por abogado, ejercitando la acción penal para el castigo del culpable, y la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, salvo que haya renunciado expresamente a esta última.

Además, la víctima del delito tiene derecho a participar en proceso de ejecución aunque no se haya mostrado parte en la causa. Tiene derecho a efectuar una solicitud ante el Juzgado, que podrá dejar sin efecto en cualquier momento, para ser notificada de las siguientes resoluciones:

- la sentencia que ponga fin al procedimiento;
- las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo;
- las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima;
- las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima;
- el auto por el que el Juez de vigilancia penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 CP, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: homicidio; aborto del artículo 144 CP; lesiones; contra la libertad; tortura y contra la integridad moral; contra la libertad e indemnidad sexual; robo cometidos con violencia o intimidación; terrorismo; y trata de seres humanos.
- el auto por el que el Juez de vigilancia penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 CP, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos antes mencionados o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.



- el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 CP o de alguno de los delitos antes mencionados, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, les serán notificadas las resoluciones que acuerden la prisión, libertad o fuga del penado, así como las que acuerden la adopción o modificación de medidas tendentes a garantizar su seguridad, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones.

Si la víctima se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones serán notificadas a su procurador y serán comunicadas a la víctima en la dirección de correo electrónico que haya facilitado.

Igualmente, la víctima del delito está legitimada, aunque no se haya mostrado parte, y siempre que haya solicitado la notificación de las citadas resoluciones, para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

b) Facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el decomiso que hubiera sido acordado, como veremos detenidamente en capítulos posteriores.

c) Formular alegaciones antes de que el Juez de vigilancia penitenciaria dicte cualquiera de las tres últimas resoluciones anteriormente reseñadas (la que autoriza conforme al art. 36.2 CP; la que acuerda conforme al art. 78.3 CP; y la libertad condicional), relativas a la ejecución de las penas impuestas por los delitos de especial gravedad que la propia Ley señala (homicidio, aborto del art. 144 del Código Penal, lesiones, etc.); así como para impugnar estas decisiones –en su caso– una vez hayan sido dictadas.

Para el trámite de impugnación por parte de las víctimas de las decisiones judiciales relacionadas con la ejecución, la Ley impone a éstas el deber de anunciar al Letrado de la Administración de Justicia su voluntad de recurrir dentro del plazo

máximo de cinco días contados a partir del momento en el que la víctima fue notificada de la resolución; y establece un amplio plazo de 15 días a contar desde la notificación para la interposición del recurso. La Ley señala expresamente que no es necesaria la asistencia de abogado para el anuncio de la presentación del recurso, por lo que puede inferirse que esta asistencia sí será necesaria para la interposición.

2.- Cualquier ciudadano español, no directamente ofendido o perjudicado por el delito, en el ejercicio de la **acusación popular**, mediante la interposición de una querrela que habrá sido presentada por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado; y prestando la fianza de la clase y en la cuantía que haya fijado el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio. El acusador popular carece de legitimación para ejercitar la acción civil derivada del delito; su participación se centra en defender un interés general del conjunto de la sociedad, y no intereses personales legítimos, por lo que su intervención debe terminar con el dictado de la sentencia firme. No es habitual su permanencia en la fase de ejecución, pero si no renuncia expresamente, continuará como parte personada pudiendo alegar lo que tenga por conveniente.

3.- El perjudicado por el delito, cuando se hubiera personado en el proceso penal como **actor civil**, representado por procurador y defendido por abogado, en el ejercicio de la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. Su intervención en el proceso se habrá limitado a procurar el éxito de su acción, por lo que, dictada la sentencia firme, su participación quedará limitada exclusivamente a lo que tenga que ver con el pago de las responsabilidades civiles impuestas en sentencia, debiendo ser oído en el proceso de ejecución sobre ese tema.

Todos ellos continuarán siendo parte en el proceso de ejecución sin necesidad de personarse nuevamente, y estando representados por el Procurador y asistidos técnicamente por el Letrado que actuaron en el proceso penal, salvo alteración formalizada ante el órgano judicial. Como partes procesales que son, deberán ser oídas siempre que la ley así lo disponga.

El CPP ofrece una solución muy práctica en sus arts. 638 y 639, puesto que serían siempre parte en proceso de ejecución penal el Ministerio Fiscal y quienes hubieran resultado condenados en la sentencia que se ejecuta, y se emplazaría a cuantos hubiesen sido parte en el proceso penal como acusación o actor civil, para que pudieran

personarse en el proceso de ejecución en el plazo de diez días, si bien su legitimación estaría limitada a la ejecución de los pronunciamientos incluidos en la pretensión ejercitada por ellos.

Obviamente, serán siempre parte quienes hayan resultado condenados en la sentencia que se ejecuta, los cuales tendrán la condición de **sujetos pasivos** de la ejecución, debiendo cumplir lo ordenado en el título ejecutivo.

1.- **El condenado** intervendrá en el proceso de ejecución representado por Procurador y asistido de Abogado, por imposición del artículo 118 LECR que garantiza el derecho de defensa, que comprende el derecho a la asistencia letrada mediante la libre designación de un Abogado de confianza o, en su defecto, la obtención de la asistencia de un Abogado de oficio, desde la atribución del hecho investigado hasta la extinción de la pena.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 5 de julio de 1982, distingue los dos aspectos más importantes del derecho a la asistencia de Letrado en los siguientes términos: “la asistencia de letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador) un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso”<sup>7</sup>.

No obstante, en las actuaciones que se desarrollen ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria solo tendrán intervención el Ministerio Fiscal y el condenado, quienes podrán interponer los recursos pertinentes y hacer las peticiones que crean convenientes sin que sea preceptiva, como regla general, la intervención de Abogado y Procurador. Sin embargo, para la interposición de los recursos de apelación previstos en la DA 5ª LOPJ contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, será necesaria la defensa de Letrado y, si no se designa Procurador, el Abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso debe

---

<sup>7</sup> STC, Sala 2ª, núm. 42/1982, de 5 de julio, RTC\1982\42.

quedar garantizado siempre el derecho de defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

A este respecto, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el criterio 152 (Asesoramiento de Letrado) de Criterios de Actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009, acuerdan por unanimidad que: “Los internos podrán valerse de Letrado ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Si el interno demandare, de acuerdo con las leyes, el nombramiento de un Abogado de oficio, el Juez solicitará, a fin de estructurar inmediatamente el derecho de defensa, el nombramiento de Letrado conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, si estimare que la ausencia de defensa técnica podría causar indefensión al interno por razón de la materia o de la complejidad del asunto. Sería conveniente que dichos Letrados fueran del Turno de Asistencia Penitenciaria del respectivo Colegio. La notificación de las resoluciones judiciales se hará al Letrado designado y al interno. El plazo para recurrir empezará a contar desde la última notificación”.

La motivación para llegar a esta conclusión es la siguiente: “No es preceptiva la intervención de Letrado ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo de constatar la complejidad de determinados asuntos en los que la falta de asistencia técnica dificulta o no clarifica el contenido del recurso, petición o queja planteada. Por ello, se considera oportuno que, a solicitud del interno para aquellos supuestos en los que la ausencia de defensa técnica pudiera producir indefensión por razón de la materia o complejidad del asunto, el Juez de vigilancia penitenciaria acuerde el nombramiento de Abogado de oficio en conformidad con el artículo 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Se deja en manos del Juez de vigilancia penitenciaria la valoración de los supuestos en los que se considera necesaria la asistencia técnica a fin de que sea dicho órgano el que depure la diversidad de peticiones que puedan producirse, siempre con el límite de evitar la indefensión.

Como quiera que en distintas ciudades españolas y dependiendo de los Colegios de Abogados funcionan Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria, se considera conveniente que por su especialización se atribuya la asistencia técnica referida a estos Servicios, así como se reclama la necesidad de que se creen en aquellas localidades en las que actualmente no existen.

Se plantea la cuestión de las notificaciones. Es práctica habitual en esta Jurisdicción efectuarlas a través de los Centros penitenciarios; o incluso vía fax en los

supuestos de urgencia; sin embargo, en los supuestos en los que el recurrente hubiere designado Letrado, la notificación a éste no debe impedir la de aquél, dejando abierto el plazo para recurrir desde la última notificación efectuada”.

Además, en el Criterio 152 BIS (abogados de oficio y turnos especializados), los Jueces de Vigilancia Penitenciaria acuerdan “comunicar al Consejo General de la Abogacía la conveniencia de que los Colegios de Abogados designen un solo abogado de oficio para defender y asistir jurídicamente a los internos, evitando que para cada recurso que interponen éstos se nombre un abogado diferente. Se estima necesario instar al Colegio General de la Abogacía a fin de que en aquellos Colegios profesionales en que no existan, se creen turnos especializados en materia penitenciaria, así como se establezca una aplicación informática que permita la comunicación de las designaciones de letrado de oficio a los Juzgados de Vigilancia por medios informáticos”. (Aprobado por mayoría cualificada, junio, 2009).

2.- El **responsable civil** es la persona contra la que se dirige esa acción civil dentro del proceso penal, es decir, la persona que, en su caso, deberá hacer frente a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios (art. 110 CP). El primer responsable civil directo es el propio acusado en su condición de autor o partícipe en el delito, pero éste ya es parte necesaria como tal inculpado, por lo que, al referirnos al responsable civil, debemos entender la tercera persona a quien la ley atribuye esta condición y que es ajena a la responsabilidad penal. Es el caso de:

- Los que por título lucrativo hubieran participado en los efectos de un delito o falta vienen obligados a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación (arts. 122 CP y art. 165 LECR).

- Los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de la responsabilidad pecuniaria derivada de cualquier bien, empresa o actividad serán responsables hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, cuando el evento dañoso derive de la comisión de un hecho punible (art. 117 CP).

3.- El **responsable civil subsidiario**, es aquella persona que siendo también ajeno al hecho punible, va a responder en defecto del autor de las consecuencias de naturaleza patrimonial derivadas del delito. Los supuestos se establecen en los art. 120 y 121 CP.

Para ingresar en el proceso como parte responsable civil es preciso que haya sido declarado como tal en el auto a que se refiere el artículo 615 LECR. En cuanto a la postulación, les son aplicables las prescripciones del proceso penal, por lo que precisan de la asistencia de letrado y procurador.

En cuanto a la postulación, la propuesta de CPP plantea una solución diferente en su art. 45, según la cual las partes distintas del Ministerio Fiscal habrían de actuar en el proceso asistidas de Letrado y representadas por Procurador o por su Letrado, salvo en los casos previstos por el CPP en que se admitiría la comparecencia por sí mismo del encausado. En el procedimiento de ejecución (art. 640 CPP) las partes deberían actuar representadas por Procurador o Letrado y asistidas de Letrado; no obstante, continúa diciendo el precepto, el penado podría dirigirse por escrito al Tribunal de ejecución sin necesidad de representación ni asistencia letrada.

Vemos, pues, que conforme a esta propuesta, el Letrado podría asumir la representación y defensa del penado, o exclusivamente su defensa cuando éste designara un Procurador que le represente; si el condenado no hubiere designado ni designara Letrado se nombraría para su defensa Abogado de oficio, el cual asumiría también su representación. Podemos concluir, entonces, que conforme a esta propuesta del CPP, en el procedimiento de ejecución únicamente sería imprescindible la figura del Letrado, quien podría asumir, además de la defensa, la representación del penado, salvo que éste designara expresamente un Procurador que le represente.

## **CAPÍTULO II.- SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL**

Como se ha dicho, el régimen de la sustitución ha quedado relegado a la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional regulado en el art. 89 CP, que tras la modificación operada por la LO 1/2015 ha quedado redactado del tenor literal siguiente:

“1.- Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2.- Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

3.- El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4.- No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5.- El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6.- La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7.- Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8.- Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena



originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9.- No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

## **1. Antecedentes**

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento, en su art. 21.2, una regulación detallada de la expulsión de extranjeros, estableciendo que: “Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena inferior a prisión menor<sup>8</sup>, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del art. 26.1<sup>9</sup>.

Si el extranjero fuera condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fue impuesta”.

En este precepto ya se regulaba, por un lado, la posible expulsión del territorio nacional respecto de los extranjeros incurso en un procedimiento penal por delito menos grave, y por otro, la posibilidad de sustituir la pena efectivamente impuesta por la expulsión del territorio nacional, que han permanecido ya constantes en nuestra legislación.

Posteriormente, la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero pasó a ser regulada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo art. 89 establecía que: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por

---

<sup>8</sup> Es decir, con pena de prisión de entre seis meses y un día a seis años.

<sup>9</sup> Entre ellos, encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.

su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresara antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”.

El art. 89 CP ha sufrido tres modificaciones anteriores a la operada por LO 1/2015:

1º.- Por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades en España de los extranjeros y su integración social, se añade un apartado cuatro al art. 89 del CP, para excluir la posibilidad de sustitución de la penas de prisión a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos a los que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal. Se trataba de evitar que los extranjeros implicados en estos delitos, todos ellos relacionados con la promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal, pudieran resultar beneficiados por la expulsión.

2º.- La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo la exigencia de que la sustitución se acordara en la sentencia, y eliminó las referencias legales a la necesidad de oír al penado antes de su expulsión, y a las consecuencias de que se incumpliera la prohibición de regreso, cuyo plazo amplió.

3º.- Por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en cuyo art. 89 se mantenía como regla general la sustitución de la pena por la expulsión; se incorporaba la necesaria audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas, así como la posibilidad de que se acordara tal medida en la sentencia o posteriormente, durante la

ejecución de la pena, tal y como el Tribunal Supremo ya venía aplicando de forma constante; se modificaban también los plazos de duración de la expulsión; la regulación de las consecuencias del regreso a España del extranjero expulsado; la previsión de la aplicación de los arts. 80 a 88 CP cuando no pudiera llevarse a efecto la expulsión acordada; la ampliación de los supuestos en los que podía acordarse la expulsión tras el cumplimiento parcial en España de las penas privativas de libertad impuestas; la modificación del listado de delitos respecto de los cuales no podía sustituirse la pena impuesta por expulsión; y la previsión de que el penado ingresara en un Centro de Internamiento para extranjeros con el fin de asegurar la expulsión.

La LO 1/2015, que introdujo el texto vigente, mantiene el carácter obligatorio de la expulsión; la referencia a la necesidad de audiencia al Fiscal y a las demás partes personadas; la posibilidad de acordar la expulsión en sentencia o en auto posterior; la duración del plazo de expulsión; la posibilidad de suspender la ejecución de la pena de prisión cuando la expulsión no pueda llevarse a efecto; la posibilidad de acordar el internamiento del penado para garantizar su expulsión; y se amplía la posibilidad de que la expulsión se produzca tras el cumplimiento parcial de las penas. Además, la LO 1/2015 introduce la extensión subjetiva a todos los extranjeros, con independencia del carácter legal o ilegal de su situación administrativa y regula de forma específica la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea; limita la posibilidad de sustitución de la pena por la expulsión del territorio español de extranjeros exclusivamente a las penas de prisión, en defecto de las penas privativas de libertad; establece un límite mínimo de duración de la pena de prisión a partir del cual las mismas son susceptibles de ser sustituidas, en lugar del límite máximo que establecía el antiguo art. 89 CP; introduce la referencia al carácter excepcional de la ejecución de una parte de las penas; indica expresamente que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada; modifica la regulación de las consecuencias del regreso a España; y excluye la posibilidad de sustituir las penas impuestas por la comisión de los delitos a los que se refiere el art. 177 CP.

Según el Preámbulo de la LO 1/2015, “la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan

impuesto penas de más de tres años<sup>10</sup>; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida. La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

## **2. Naturaleza jurídica y finalidad de la expulsión sustitutiva**

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, que transforma la sustitución ordinaria prevista en el art. 88 CP en una modalidad de suspensión, la expulsión del penado extranjero se mantiene como la única forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad que subsiste; sin embargo, esta reforma no ha solventado el debate acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión.

Que la expulsión judicial no es una pena se desprende, principalmente, del hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el art. 33 del CP de 1995. En este sentido se expresa nuestro TC en su Auto de 17 de abril de 1997, diciendo que: “no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena –lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el art. 33 del Código Penal de 1995- ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Por último, aunque no en último lugar, debe recordarse que la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas

---

<sup>10</sup> Se trata de un error en el Preámbulo de la LO 5/2015: deben ser cinco.

(por todas, SSTC 19/1988, 119/1996) y que, en particular, debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reafirmación del ordenamiento jurídico”<sup>11</sup>.

Anteriormente, el TC, en su Sentencia de 20 de julio de 1994, ya había dicho que: “la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en que ilegalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello. No se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal”<sup>12</sup>.

A este respecto, RODRÍGUEZ CANDELA apunta que “en los supuestos de expulsión del extranjero no sustituimos, pues, una pena por otra, sino una pena por una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros, vinculada a la política de extranjería”<sup>13</sup>.

La expulsión judicial tampoco es una sanción sustitutiva, así lo señalaba la Circular 3/2001 de la FGE, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, diciendo que: “La inclusión de este precepto en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad puede inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa las exigencias del

---

<sup>11</sup> ATC, Sala Primera, núm. 106/1997, de 17 de abril, RTC\1997\106.

<sup>12</sup> STC, Sala Primera, núm. 242/1994, de 20 de julio, RTC\1994\242.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998, pág. 60. El autor utiliza “el término medida no en el sentido de medida de seguridad, sino como medida administrativa”.

*ius puniendi*. No es éste sin embargo el verdadero alcance y sentido de la medida de expulsión que en estos casos se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras de preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión. [...] La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallen debidamente autorizados para residir en España”.

Para TOMÉ GARCÍA, “la expulsión judicial no es una pena ni una sanción sustitutiva, sino que con dicha medida lo que se pretende es otorgar preferencia al interés del Estado, derivado de su política de extranjería, en expulsar a los extranjeros ilegales que hayan delinquido en España, frente al interés del Estado en actuar el *ius puniendi* en ese caso concreto. La aplicación del art. 89 CP supone, por tanto, la renuncia del Estado a actuar el *ius puniendi*: se suspende la ejecución de la pena impuesta para expulsar al extranjero que ha delinquido. Y todo ello por razones de oportunidad”<sup>14</sup>.

GRACIA MARTÍN considera que con esta modalidad de sustitución “no se pretende, como en la modalidad contemplada en el art. 88 (antigua sustitución de la pena por multa o trabajos en beneficio de la comunidad), proporcionar un medio alternativo a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta que sea igualmente apropiado, o incluso más apropiado, para la satisfacción de los fines de la pena, sino que se persiguen exclusivamente objetivos de política de extranjería, entre los que se cuentan el de control de la inmigración ilegal, así como el de reducir el número de extranjeros en los centros penitenciarios españoles”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (Art. 89 CP)” en GASCÓN INCHAUSTI, F., (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 117.

<sup>15</sup> GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBON, M.C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada de delito*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2012, pág. 144 (lo entre paréntesis es nuestro).

MAPELLI CAFFARENA señala que: “a pesar de estar planteada como un subtipo del régimen general de sustituciones, su fundamento es distinto, porque responde mucho más a los movimientos y preocupaciones nacionalistas que recorren la Europa de nuestros días y a las consiguientes políticas migratorias, que a las necesidades preventivas especiales del condenado, como lo prueba el “carácter preferente de la expulsión”. La disposición ha estado revestida de una intensa polémica desde sus orígenes, incluido un pronunciamiento del TC (STC 242/1994, de 20 de julio)”<sup>16</sup>.

Para RECIO JUÁREZ, “si añadimos el carácter secundario que ocupa la prevención especial y general en la actual configuración de la expulsión, que en su modalidad de sustitución íntegra de las penas de prisión de más de un año y no superior a 5 años implica su inejecución, creemos que la expulsión sustitutiva no puede entenderse plenamente como una forma de retribución de la culpabilidad, sino como una consecuencia de la política criminal asociada a la política de extranjería, que considera que la necesidad de la pena decae y no existe o, en todo caso, debe subordinarse a los fines de la política de extranjería, cuando se trata de delitos menos graves cometidos por extranjeros”<sup>17</sup>.

La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España es considerada en el CP como una medida de seguridad no privativa de libertad. Así lo señala expresamente el art. 96.3.2ª CP. No obstante, como precisa el TS en su Sentencia de 19 de febrero de 2009, “aunque la expulsión no viene considerada como una pena sino como una medida de seguridad en el Código Penal, artículo 96.3.2ª, sus efectos son similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso referidos a la totalidad del territorio nacional. En cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las medidas que pudieran proceder con arreglo a la legislación de extranjería, se trata de una consecuencia de la comisión de un delito que implica una restricción de los derechos del condenado, aunque con efectos diferentes a los de una pena privativa de libertad”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Civitas, 5ª edición, Pamplona, 2011, pág. 148.

<sup>17</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2016, pág. 90.

<sup>18</sup> STS, Sala 2ª, núm. 165/2009, de 19 de febrero, RJ\2009\1776.

Más recientemente la STS de 3 de junio de 2016 sigue manteniendo que la expulsión sustitutiva es una medida de seguridad “pues tal es la naturaleza de la medida de expulsión de extranjeros ex art. 96-2º CP, precepto que no tuvo modificación en la reforma de la L.O. 1/2015”<sup>19</sup>.

Es claro que la imposición de una medida de seguridad está relacionada con un pronóstico de peligrosidad criminal del sujeto, entendida como la probabilidad de que vuelva a cometer delitos en el futuro; así se deduce del art. 6.1 CP, que dispone que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito” y del art. 95.1.2.ª CP, que determina la necesidad de que “del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Este pronóstico de peligrosidad quizá se podría ajustar a la expulsión de ciudadanos de la UE, ya que se exige que los mismos representen una amenaza real contra el orden público o la seguridad pública; sin embargo, respecto al resto de penados extranjeros, la expulsión judicial no implica un juicio de peligrosidad, puesto que se produce a consecuencia de la condena penal unida a la falta de arraigo relevante en España, no de la necesidad de prevenir la nueva comisión de delitos conforme a un pronóstico de peligrosidad individualizado. Pensar que el extranjero que ha cometido un delito presenta una peligrosidad futura por su condición de extranjero, sería a todas luces inconstitucional, al suponer una discriminación por razón de origen o nacionalidad injustificable.

A este respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 14 de julio de 2016, argumenta que: “nos encontramos con el óbice de que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan (artículo 6.1 CP) entendida como probabilidad de la comisión de nuevos delitos (artículo 95.1.2ª CP). Por tanto, de no justificarse en el caso concreto dicha peligrosidad no procedería la adopción de la medida, lo que alteraría el juego de regla-excepción que parece decantarse del tenor literal del artículo 89.1 CP”<sup>20</sup>.

Para BOZA MARTÍNEZ, “esta apreciación sólo se puede salvar relacionando la aplicación de la medida de seguridad a un pronóstico de peligrosidad, también presunto,

---

<sup>19</sup> STS, Sala 2ª, núm. 483/2016, de 3 de junio, RJ\2016\2747.

<sup>20</sup> SAP de Barcelona (Sec. 6ª), núm. 614/2016, de 14 de julio, JUR\2016\209661.



derivado *per se* de la condición de residentes no legales en España de los afectados. Esta perspectiva, sin embargo, no toma en consideración los fines preventivos especiales propios de las medidas de seguridad que no estarían presentes en una medida de expulsión y, menos aún, si se aplica de forma automatizada tal y como ha venido exigiendo el Código Penal desde el año 2003”<sup>21</sup>.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, la conceptualización de la expulsión prevista en el art. 89 CP como una medida de seguridad deja de sostenerse, y ello es debido a que la reforma del art. 89 CP no ha venido acompañada de una reforma del art. 96; así, el art. 96.3.2ª CP sigue estableciendo como medida de seguridad no privativa de libertad “la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España”, mientras que el art. 89 CP contempla la expulsión de extranjeros de manera generalizada, sin distinguir entre residentes legalmente y no residentes legalmente. La única posibilidad interpretativa sería, como señala BOZA MARTÍNEZ, “la de considerar que la expulsión de personas extranjeras no residentes legalmente sería una medida de seguridad y la de residentes legales tendría otra naturaleza”<sup>22</sup>, solución que no se mantiene, puesto que, aunque el efecto puede ser distinto según el sujeto que sea expulsado, la naturaleza de la medida no cambia, por lo que quedaría sin resolver la cuestión de la naturaleza de la expulsión de los residentes legales.

Para RECIO JUÁREZ, la especialidad de la expulsión “radica en que, aunque reúne notas propias de las medidas de seguridad, la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad e, incluso, de la expulsión administrativa de extranjeros, sin negar su efecto preventivo negativo a nivel intimidativo e inocuizativo, no puede identificarse plenamente con ninguna de dichas instituciones, de manera que nos encontramos ante una figura autónoma de naturaleza híbrida, configurada como una sustitución especial de la pena. El fundamento de la expulsión sustitutiva, que no deja de implicar en cierto grado una manifestación del principio de oportunidad, se basa en la reacción del Estado al comportamiento criminal del extranjero dentro de sus fronteras, de manera que pretende compatibilizar los fines de la política criminal con los de extranjería”<sup>23</sup>.

Así pues, la sustitución regulada en el art. 89 CP responde a una política de extranjería que quiere evitar que permanezcan en España, y/o que regresen al país,

---

<sup>21</sup> BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 263.

<sup>22</sup> Ibidem, pág. 264.

<sup>23</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 95.

quienes han sido condenados por la comisión de un delito, salvo que la expulsión comprometa gravemente la función preventiva del Derecho Penal o que resulte desproporcionada, atendiendo a la pena impuesta o a las circunstancias personales del condenado.

Es claro, pues, que la naturaleza de la expulsión es, cuanto menos, excepcional; una excepcionalidad que se deriva de la sumisión de la política criminal frente a los objetivos de la política de migratoria.

Como se ha dicho, la expulsión sustitutiva es una consecuencia de la comisión de un delito que implica una restricción de los derechos del condenado, con efectos “similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso referidos a la totalidad del territorio nacional”<sup>24</sup>.

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos es una pena privativa de derechos que, como dispone el art. 48 CP, impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos; la expulsión sustitutiva implica la privación del derecho a regresar y residir en todo el territorio español (lugar donde se cometió el delito). Si nadie niega la condición de pena de la prohibición de residir en un determinado lugar, por qué sí se niega la de la expulsión, que puede ser mucho más gravosa para quien la sufre que la primera. Esta diferencia en el análisis sólo responde a que la segunda se impone exclusivamente a personas extranjeras.

BOZA MARTÍNEZ, mantiene que “la expulsión del artículo 89 CP tiene naturaleza de pena. Una pena excepcional desde el momento en el que no aparece en el catálogo de penas del artículo 33 CP. Pero tal exclusión no elimina el carácter punitivo que la expulsión tiene. Quienes niegan este carácter sancionador argumentan, a este efecto, que la expulsión ha de contextualizarse desde un punto de vista objetivo, sin tener en cuenta que, en determinados casos la expulsión pueda ser más gravosa que la pena sustituida. El mismo argumento puede ser utilizado de contrario. [...] El fundamento de tal inclusión sería la necesidad de adecuar su consideración por el

---

<sup>24</sup> STS, Sala 2ª, núm. 165/2009, de 19 de febrero, RJ\2009\1776.

Código con su naturaleza, al tratarse de una sanción que sustituye a una pena y que, por tanto, sólo puede calificarse como pena”<sup>25</sup>.

Así lo recoge también la SAP de Barcelona de 14 de julio de 2016, argumentando lo siguiente: “Finalmente, se ha defendido su naturaleza de verdadera pena. En esta línea resulta de interés la Sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.3.2006, nº de recurso 176/2006, nº de sentencia 66/2006. Aquélla desgrana las razones por las cuales nos encontraríamos ante una pena en sentido estricto:

a) En primer lugar, del principio de legalidad penal (artículo 2 CP), se sigue necesariamente su naturaleza de verdadera pena. Su carácter sustitutivo no puede convertirse en argumento de contrario para negarle su ratio punitiva en cuanto implica privación de derechos de especial relevancia constitucional. Su ubicación en el propio texto del CP, abona esta conclusión. Esto es, parece razonable afirmar que las privaciones de derechos que se contienen en el CP cuando afectan a los sujetos activos de un delito por el que son declarados autores o partícipes sólo pueden ser tenidas como medidas de seguridad o penas.

b) Desde una perspectiva sistemática, ha de convenirse en que las cláusulas previstas en un texto normativo reciben una parte importante de su significado específico del propio contexto en que se insertan, ya que ha de presumirse la coherencia y racionalidad sistemática del legislador. Consecuentemente, puede concluirse que la prohibición de regreso al territorio nacional durante 10 años corresponde a la tipología de pena grave de prohibición de residencia en determinados lugares prevista en el artículo 33 CP. Los mecanismos previstos en los artículos 96 y 108 CP abundan en lo expuesto”<sup>26</sup>.

### **3. Ámbito subjetivo de aplicación del art. 89**

Desde que la expulsión sustitutiva de la pena se introdujo por primera vez en el Código Penal, el ámbito subjetivo de la misma ha permanecido invariado, limitándose exclusivamente a los extranjeros sin residencia legal en España, esto es, aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español.

---

<sup>25</sup> BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras...*, pág. 270.

<sup>26</sup> SAP de Barcelona, Sec. 6ª, núm. 614/2016, de 14 de julio, JUR\2016\209661.

La modificación del art. 89 operada por la LO 1/2015 amplía el ámbito subjetivo de la expulsión a cualquier extranjero, independientemente de cuál sea su situación administrativa en España, es decir, extiende la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español a todos los extranjeros. Será, pues, la carencia de nacionalidad española del penado, y no su condición administrativa de residencia, el presupuesto para decretar su expulsión.

Como expresa la Circular 7/2015, de 17 de noviembre de la FGE, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015, la expulsión se extiende “a un colectivo de personas que se acota sumariamente en la norma mediante el denominador común de no ser españoles, lo que atrae a su esfera situaciones y condiciones personales de casuística muy diversa, difícilmente reductibles a un tratamiento homogéneo. También se extiende la medida a los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados asimilados, aunque para ellos el precepto establece, por exigencias inherentes a la jerarquía de las fuentes del Derecho, un régimen especial respetuoso de las restricciones que a la expulsión imponen las exigencias de los Tratados constitutivos y del Derecho derivado de la Unión Europea”.

RECIO JUÁREZ señala que, “la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al prescindir de la situación administrativa del penado extranjero para decretar su expulsión, avanza en la intención de buscar una respuesta penal a la comisión de un delito por parte de un ciudadano extranjero que, además de la correspondiente pena ordinaria, incluya la consecuencia de la pérdida de su derecho a permanecer en territorio español”<sup>27</sup>. En este sentido, CANO CUENCA reconoce que “por primera vez, el art. 89 adquiere autonomía respecto de la legislación administrativa, que queda reservada a los inmigrantes irregulares. El fundamento de la expulsión del extranjero que delinque, frente a la ejecución de la pena, su suspensión o sustitución, es definitivamente la carencia de nacionalidad española del condenado y no su condición de irregular”<sup>28</sup>.

Para RECIO JUÁREZ, “se trata de una mejora sustancial, que aleja la expulsión judicial de su anterior instrumentalidad al servicio de la lucha contra la inmigración

---

<sup>27</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 99.

<sup>28</sup> CANO CUENCA, A. “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 346.

ilegal, para acercarla a una auténtica medida de carácter penal”<sup>29</sup>. Sin embargo, para autores como LEGANÉS GÓMEZ y MUÑOZ RUIZ, en la reforma del CP de 2015 se mantiene “la orientación político-criminal de pretender que el proceso penal se convierta en un vehículo para las políticas de extranjería, rompiendo con el principio de “igualdad de trato” ante unos mismos hechos delictivos, dado que el extranjero, con independencia de su situación administrativa, se enfrenta a unas consecuencias cualitativamente distintas que el resto de ciudadanos nacionales”<sup>30</sup>.

Generalizar la expulsión sustitutiva a todos los ciudadanos extranjeros, incluyendo a los extranjeros en situación regular, plantea una situación discriminatoria, porque, como señala RODRÍGUEZ MESA, “si el extranjero se encuentra legítimamente en España se ve sometido al ordenamiento sancionador español en virtud del principio de territorialidad por lo que la imposición de la expulsión sólo puede encontrar su fundamento en una condición personal como es la nacionalidad, produciéndose de este modo un trato desigual no razonable”<sup>31</sup>.

No es ocioso, por ello, recordar algunos aspectos del régimen jurídico privado de adquisición y posesión de la nacionalidad española, en la medida en que son de utilidad para delimitar negativamente el ámbito de aplicación del art. 89 CP.

Son españoles, a estos efectos, los que tengan la nacionalidad española de origen (art. 17.1 Código Civil, en adelante CC), los que la hayan obtenido por opción cuando la determinación de la filiación o del nacimiento en España se hayan producido después de los dieciocho años de edad (art. 17.2 CC), por consolidación (art. 18 CC), por adopción (art. 19 CC), por opción (art. 20 CC), por carta de naturaleza (art. 21 CC) y por concesión por residencia (art. 22 CC) siempre que no la hayan perdido (arts. 24 y 25 CC) o, que perdida, la hubieren recuperado (art. 26 CC).

Son españoles los nacionales de origen de países iberoamericanos -incluido Puerto Rico-, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes que, con

---

<sup>29</sup> RECIO JUÁREZ, M., “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal”, *Diario La Ley* nº 8602, 10 de septiembre de 2015, pág. 3.

<sup>30</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015, *Diario La Ley* nº 8579, 9 de julio de 2015, pág. 4. MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-05, 2014, pág. 18.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ MESA, M.J., “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica” en RODRÍGUEZ MESA, M.J., RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (coord.), *Inmigración y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 255.

domicilio habitual en España, disfruten de doble nacionalidad de conformidad con los arts. 22 y 23 CC.

Por otra parte, no serán expulsadas las personas que se presumen españolas, esto es, las nacidas en territorio español de padres también nacidos en España hasta tanto no conste la extranjería de los padres, según el art. 69.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC), pues “las declaraciones con valor de simple presunción tienen la consideración de una presunción legal *iuris tantum*” (art. 93.1 LRC).

Para acreditar la nacionalidad española será suficiente con la presentación del Documento Nacional de Identidad en vigor, toda vez que es un documento público y oficial expedido a los ciudadanos españoles con “suficiente valor por sí solo para la acreditación de la identidad y los datos personales de su titular” (art. 8 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; igual eficacia, en la esfera del proceso penal, le concede el art. 762, 7ª LECR).

En su defecto son válidos otros medios de prueba, como se contempla en los arts. 373 y ss. LECR, singularmente el recurso a la publicidad del Registro Civil, pues como establece el art. 17 LRC:

1. “La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos.
2. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba.

En el primer caso, será requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud”.

Conforme dispone la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), se considera extranjero a quien carece de nacionalidad española. El extranjero podrá encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia; según sea la situación administrativa de éste, podemos hablar de los extranjeros que se hallan en situación de regularidad administrativa o en situación de irregularidad.

Son ciudadanos extranjeros en situación de regularidad administrativa, quienes hayan entrado en territorio español cumpliendo los requisitos que al efecto establece el

art. 25 LOEX, y quienes se encuentren en alguno de los supuestos legales de estancia o residencia, pudiendo ser ésta última temporal o de larga duración.

Por el contrario, son extranjeros en situación irregularidad aquellos ciudadanos que, no teniendo la nacionalidad española ni comunitaria, carecen de la correspondiente autorización vigente de residencia otorgada por la autoridad administrativa competente conforme a la LOEX, salvo que estén dispensados de obtenerla en virtud de Ley o Tratado internacional.

La ampliación a todos los extranjeros no comunitarios operada por la LO 1/2015, está en consonancia con lo dispuesto en el art. 57.2 LOEX, que establece, como causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Y más adelante, en el apartado 8, regula el momento en que ha de tener lugar la expulsión de extranjeros, sean o no residentes legales, condenados por determinados delitos.

Con la redacción del anterior artículo 89 CP no se podía acordar la expulsión sustitutiva sobre el extranjero no comunitario en situación regular, salvo que hubiera una resolución administrativa previa que considerara que dicho extranjero estaba incurso en esa causa de expulsión y, por tanto, quedara revocado su permiso de residencia. Por el contrario, con la nueva redacción del artículo 89 CP la expulsión sustitutiva se puede aplicar a todo extranjero no comunitario con independencia de su situación administrativa, sin necesidad de esperar a que se emita una resolución por parte de la Administración correspondiente. Los criterios para proceder o no a la expulsión como sustitutivo penal ya no se hacen depender de una resolución administrativa de revocación de una autorización para residir en España, sino de otros elementos más sustanciales como son las circunstancias del hecho y personales del autor, especialmente el arraigo.

La SAP de Las Palmas de 23 de noviembre de 2015, destaca que el art. 89 CP, en su redacción actual, “por un lado, aleja la expulsión judicial de su instrumentalidad al servicio de la lucha contra la inmigración ilegal, para acercarla a una auténtica medida de carácter penal, y por otro, al prescindir de la situación administrativa del penado extranjero para decretar su expulsión, se avanza en la intención de buscar una respuesta penal a la comisión de un delito por parte de un ciudadano extranjero que, además de la

correspondiente pena ordinaria, incluya la consecuencia de la pérdida de su derecho a permanecer en territorio nacional”<sup>32</sup>.

En cualquier caso, si la comisión de un delito por un extranjero, con independencia de su situación administrativa, lleva aparejada la pérdida del derecho a residir en nuestro país, con la consiguiente obligación de salida de España y prohibición de regresar en el plazo que se determine, parece razonable que sea la jurisdicción penal la que agote el examen de todas las consecuencias que lleva aparejada la comisión del delito, y sea quien examine, con todas las garantías inherentes al proceso penal y a la aplicación del derecho penal, la pertinencia de dicha expulsión.

A este respecto, RECIO JUÁREZ señala que: “a la vista de las coincidencias del art. 89 CP y el art. 57.2 LOEX, parece que el legislador ha considerado innecesaria la tramitación de un nuevo expediente administrativo que duplicaría el examen de los efectos de la sentencia penal condenatoria dictada en España, y que provocaría además que la ejecución de la pena impuesta en el proceso penal difiera la satisfacción de los fines de la política de extranjería. Paralelamente, se consigue proyectar el nivel de garantías propias de la jurisdicción penal para el extranjero sujeto a expulsión. De esta forma, se limita la aplicación de la expulsión gubernativa prevista en el art. 57.2 LOEX, que de hecho queda reducida al supuesto de que el extranjero haya sido condenado fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. En cuanto a la expulsión administrativa derivada de la condena en España por la comisión de un delito, entendemos que no entraría en juego si el juzgador penal no acordase la expulsión sustitutiva en atención a las circunstancias personales del penado, por entenderla desproporcionada. En este caso, las autoridades de extranjería no podrán abrir expediente por la condena dictada y aplicar la expulsión recogida en el art. 57.2 LOEX, cuando en el proceso penal ya existió pronunciamiento sobre la cuestión. En el caso de sustitución íntegra, o que se acordase el cumplimiento parcial de la pena por razones de prevención general, la subsiguiente expulsión acordada en el proceso penal hace innecesaria la expulsión administrativa”<sup>33</sup>.

No obstante, si bien el legislador ha mantenido en el art. 89.6 CP la referencia a que “La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo

---

<sup>32</sup> SAP de Las Palmas, Sec. 1ª, núm. 272/2015, de 23 de noviembre, JUR\2016\23931.

<sup>33</sup> RECIO JUÁREZ, M., “Claves de la reforma de la expulsión...”, págs. 3 y 4.



que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”, prevista para aquellos extranjeros en situación irregular y que, por tanto, pueden tener abiertos procedimientos para autorizar su residencia, ha olvidado incorporar un párrafo similar para los extranjeros en situación regular, que suponga la extinción de las autorizaciones de residencia en vigor de aquellos extranjeros que fueran expulsados. Como quiera que no es posible, a nuestro juicio, recurrir al art. 57.4 LOEX que dispone que “la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España”, o en su caso, al art. 32.5.b) LOEX que contempla la extinción de tales autorizaciones “cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la Ley”, por tratarse de preceptos referidos a las expulsiones dictadas por órganos administrativos, se hará necesario un doble procedimiento: el penal para la imposición de la expulsión, y el administrativo para la extinción de la autorización de residencia.

Mención aparte merecen los ciudadanos de la Unión Europea; el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) (antiguo art. 18 Tratado Constitutivo CE) confiere a todo ciudadano de la Unión Europea “un derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

Es un derecho originario pero de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en territorio de los estados miembros, que, en España traspone el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyas disposiciones permiten la suspensión o limitación de tales derechos por razones de salud pública o motivos graves de orden o seguridad.

El art. 15.1.c) RD 240/2007, prevé la posibilidad de impedir la entrada en España y ordenar la expulsión o devolución del territorio español, de los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o de miembros de su familia, cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, añadiendo que: “únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un

Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

Y el art. 15.5 RD 240/2007, dice que: “La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios: [...] d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas”.

Cuando el Legislador se refiere a “ciudadano de la Unión Europea”, alude a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que comprende a los nacionales de Estados asimilados y a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE.

De modo que todos los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia; o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario: Noruega, Islandia y Liechtenstein (al haber firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993) y Suiza (por Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza), tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter originario, de tal manera que no necesitan de reconocimiento expreso o acto de autorización o permiso de la autoridad administrativa.

El art. 89.4 CP establece que “la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la

seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales”. Pero, ¿están incluidos en su ámbito de aplicación los ciudadanos miembros de la familia de un ciudadano de la UE, que ostente la nacionalidad de un tercer estado?

En principio, el tenor literal del precepto se refiere a “la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea”, por tanto, al no tratarse de ciudadanos de la UE, les sería aplicable el régimen común previsto en el art. 89 CP. Sin embargo, el art. 28.2 de la Directiva 2004/38/CE establece que “El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la UE o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública”. También el art. 3.1 de la Directiva 2004/38/CE define como beneficiarios de los derechos recogidos en la misma, “a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia”. El RD 240/2007, de 16 de febrero, antes citado, también se refiere a los miembros de la familia del ciudadano de la UE que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro. En consecuencia, el ámbito subjetivo de la protección frente a la expulsión que consagra la Directiva 2004/38/CE obliga a comprender dentro del mismo a los familiares de los ciudadanos de la UE.

Por tanto, cuando nos encontremos con un penado extranjero, que sea miembro de la familia de un ciudadano de la UE residente en España, entendemos que deberá serle aplicado el régimen previsto en los párrafos segundo y tercero del art. 89.4 CP, y no el régimen común previsto en el art. 89 CP. A la misma conclusión se habrá de llegar cuando se trate de un familiar de un ciudadano español; cuando el ciudadano español ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y regresa a España a residir, sus familiares están amparados por el régimen especial de protección ante la expulsión.

Así se pronuncia la STJUE de 12 de marzo de 2014 estableciendo que los ciudadanos de la UE pueden regresar libremente al Estado de su nacionalidad (Estado de origen) con la garantía de poder continuar conviviendo en su territorio con los familiares nacionales de terceros Estados con los que han estado residiendo con anterioridad en el territorio de otro Estado miembro (Estado de acogida), siempre y

cuando la residencia de dicho Estado sea efectiva<sup>34</sup>; y la Circular 7/2015 de la FGE, que entiende que “sólo son beneficiarios del régimen comunitario los miembros de la familia que acompañen o se reúnan con cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado diferente del que es nacional (STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11). Por ello, los miembros de la familia de un ciudadano español que siempre ha residido en España están excluidos del régimen comunitario previsto en el artículo 89 CP. Su relación con el ciudadano español deberá ser valorada en el ámbito del principio de proporcionalidad. Sin embargo, cuando el ciudadano español ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y vuelve a España a residir, sus familiares están comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (SSTJUE Asunto C-370/90 Singh, Asunto C-291/05 Eind, Asunto C-60/00 Carpenter)”.

A tales efectos, por miembros de la familia se ha de entender, conforme al art. 2.2.2) de la Directiva 2004/38/CE, al cónyuge, la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja, y los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja.

Como señala la Circular 7/2015 de la FGE, “están comprendidos los cónyuges que han contraído matrimonio válido y las parejas unidas por una relación estable o duradera de afectividad cuando la relación y su estabilidad hayan sido acreditadas por cualquier medio de prueba. No son válidos por ser contrarios al orden público español los matrimonios polígamos (STEDH de 6 de enero de 1992, Alilouch El Abasse contra Países Bajos), los fraudulentos y los matrimonios forzados.

Están comprendidos: a) los ascendientes que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge; b) los descendientes menores de veintiún años; c) los descendientes mayores de esa edad que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge; d) los hijos adoptivos y los sometidos a tutela de un ciudadano comunitario; y, e) otros miembros de la familia sin limitación de grado o línea que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión o, en caso de que, por

---

<sup>34</sup> STJUE de 12 de marzo de 2014, Caso O. (apartado 61), TJCE\2014\90.

motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

Un miembro de la familia es dependiente o se halla a cargo del ciudadano de la Unión o de su pareja, cuando de hecho recibe el sostén material de su familiar (Asunto C-316/85 Lebon). La dependencia debe ser material (mantenimiento), debiendo descartarse la dependencia emocional (Asunto C200/02 Zhu y Chen). Se trata de una situación de hecho que nada tiene que ver con el derecho a recibir o no alimentos según la legislación civil (Asunto C-1/2005 Jia).

La dependencia será valorada caso a caso, debiéndose probar si, habida cuenta de sus circunstancias personales, los medios económicos de los miembros de la familia les permiten vivir al nivel mínimo de subsistencia en su país de residencia habitual (Asunto C-1/05 Jia). Cualquier medio de prueba sobre la dependencia es admisible (Asuntos C-215/03 Oulane y C-1/05 Jia)”.

La situación del resto de los familiares de los ciudadanos de la UE no incluidos en las categorías mencionadas quedarían al margen del art. 89.4 CP, estando sometidos al régimen general de la expulsión judicial. No obstante, hay que tener en cuenta que la recomendación contenida en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE ha dado lugar a una modificación del RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE, mediante RD 987/2015, de 30 de octubre, para introducir un art. 2 bis que extiende el régimen previsto a los miembros de la familia de un ciudadano de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, no estando comprendidos en los supuestos anteriores, se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: 1º.- Que en el país de procedencia esté a su cargo o vivan con él. 2º.- Que por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

La oportunidad de expulsar a un ciudadano extranjero, tenga o no residencia legal, ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, atendida la previsión contenida en el art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y por el cual “toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una

sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

El TEDH reconoce, con carácter general, la facultad de los Estados de velar por la seguridad pública y de expulsar a los extranjeros condenados por la comisión de delitos, pero siempre que esté reconocido por una ley, sea necesario y sea una medida proporcional. En este sentido se pronuncia la STEDH de 18 de febrero de 1991, diciendo que “el Tribunal no subestima en absoluto la preocupación de los Estados contratantes por garantizar el orden público, particularmente en el ejercicio de su derecho a controlar, en virtud de un principio de derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos adquiridos por ellos en los tratados, la entrada, la residencia y la expulsión de los no nacionales (Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali de 28 marzo 1985 (TEDH 1985, 8), serie A, número 94, p. 34; ap. 67 y Berrehab de 21 junio 1988 (TEDH 1988, 3), serie A, número 138, pp. 1516, aps. 28 y 29). Sin embargo, allí donde sus decisiones en la materia conllevasen violaciones de un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8, las mismas deben aparecer como necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, especialmente, proporcionadas al fin legítimo perseguido”<sup>35</sup>.

Más recientemente el TJUE, en su sentencia de 11 de julio de 2002, ha argumentado lo siguiente: “Aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio. Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática» sea necesaria, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima

---

<sup>35</sup> STEDH DE 18 de febrero de 1991, Caso Moustaquim contra Bélgica (apartado 43), TEDH\1991\3. En el mismo sentido las SSTEDH de 13 de julio de 1995, Caso Nasri contra Francia (apartado 41), TEDH\1995\23, o de 18 de octubre de 2006, Caso Üner contra Países Bajos (apartado 54), JUR\2007\252584.

perseguida (véase, en particular, TEDH, sentencia *Boultif c. Suiza* de 2 de agosto de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39, 41 y 46)”<sup>36</sup>.

Como señala la Circular 7/2015 de la FGE, “los ciudadanos de la UE y asimilados sólo pueden sufrir la medida judicial de expulsión sustitutiva del art. 89 CP si representan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública de nuestro país. Una amenaza de menor intensidad quedaría extramuros del ámbito de aplicación del art. 89.4, 2 CP, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse en el plano administrativo de la aplicación de los arts. 15 y ss. del RD 240/2007, de 16 de febrero (Capítulo VI, “limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública”)”.

Nos encontramos con que las “razones de orden público o la seguridad pública” son conceptos indeterminados que precisan de interpretación. Es de suponer que para la interpretación de estos conceptos indeterminados, nuestros tribunales acudirán tanto al conjunto de la jurisprudencia del TJUE, como a las disposiciones contenidas en la Directiva 2004/38/CE., como veremos más adelante.

#### **4. Ámbito objetivo de aplicación del art. 89**

El art. 89.1 CP, en su redacción dada por LO 1/2015, limita la posibilidad de sustitución de la pena por la expulsión del territorio español de extranjeros, residentes legales o no, exclusivamente a las penas de prisión superiores a un año. Por el contrario, la regulación del anterior art. 89 hacía extensible esta posibilidad a todas las penas privativas de libertad; con esta reforma se destierran, pues, del ámbito objetivo de aplicación de la expulsión judicial sustitutiva las demás penas privativas de libertad, en particular, la pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, así como las penas de prisión de un año e inferiores.

La exclusión de la localización permanente es irrelevante a efectos prácticos, dado que la reforma penal la considera como una pena leve, con un límite máximo de tres (seis) meses, y la contempla como pena principal en los delitos de violencia de género o doméstica, con una extensión máxima de treinta días; y como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en el ámbito de los delitos

---

<sup>36</sup> STJUE de 11 de julio de 2002, Asunto C-60/00 *Carpenter* contra Reino Unido (apartado 42).

leves (art. 53.1 CP), por lo que la sustitución de la misma por la expulsión resultaría extremadamente desproporcionada y, por ello, proscrita por el art. 89.4 CP.

La exclusión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa es para la FGE más discutible, y así lo planteaba en el Informe al Anteproyecto de reforma del CP, en el que aboga por el “retorno al criterio vigente de que la expulsión pueda abarcar a cualquier pena privativa de libertad con el fin de abordar adecuadamente los casos en que la norma penal se utiliza como burladero para eludir el cumplimiento de la norma administrativa. La actual regulación comprensiva de cualquier pena privativa de libertad no merma el principio de proporcionalidad, pues, como se matiza en la Circular 5/2011 en sí misma ni es desproporcionada ni es discriminatoria; lo será, en su caso, la decisión que las adopte por no valorar conforme a dicho principio las circunstancias concurrentes, entre ellas la propia gravedad del hecho cometido”.

Igualmente resulta discutible para la FGE la exclusión de las penas de prisión de duración igual o inferior a un año, sosteniendo en su informe al Anteproyecto de reforma del CP que “es precisamente en los delitos de menor gravedad donde más justificada se halla la prevalencia de los fines de la política migratoria sobre los fines de política criminal”; y que con ello, no sólo se va a reducir el número de expulsiones judiciales de extranjeros en situación de irregularidad, sino que también se van a provocar gravísimas disfunciones en relación con las expulsiones administrativas que exigen la autorización judicial del apartado séptimo del art. 57 LOEX<sup>37</sup>.

No pensamos que sea posible la utilización de la norma como “burladero para eludir el cumplimiento de la norma administrativa”, por cuanto no impediría la aplicación del art. 57.7 LOEX, que prevé la posibilidad de expulsar al extranjero irregular que se encuentre procesado o imputado. Solo en el caso de que el juez no autorice la suspensión de la causa y se condene al extranjero irregular a una pena privativa de libertad inferior a un año estaremos ante un supuesto que, habiendo tenido cabida en la regulación anterior, no la tiene en el precepto actual del artículo 89 CP.

Del mismo modo, la utilización del argumento de la imposición de los fines de la política migratoria sobre los de la política criminal no debe tener cabida en ningún caso,

---

<sup>37</sup> El art. 57.7 LOEX dispone que: “cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”.



puesto que la expulsión se aplicará a cualquier persona extranjera, independientemente de su situación administrativa en España.

A este respecto, RECIO JUÁREZ apunta que “la ejecución de las condenas a penas privativas de libertad inferiores al año de prisión, sin establecer su coordinación con la expulsión administrativa a través de una figura análoga a la prevista en el art. 57.7 LOEX, pero referida a las ejecutorias penales, sin duda, puede provocar serios retrasos en la efectiva expulsión de estos delincuentes extranjeros, en contra del teórico objetivo de lograr una congruencia intrínseca en el Ordenamiento jurídico”<sup>38</sup>.

El Preámbulo de la LO 1/2015 justifica la decisión de modificar la pena mínima que puede ser sustituida por expulsión, a la de prisión de más de un año, manifestando que con ello se ajusta el límite a la regulación contenida en la legislación de extranjería. Esta afirmación está fundada en la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEX, que establece que: “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. Esta afirmación no resulta acertada para la FGE, “no solo por su rigurosa falta de exactitud –pues este precepto se refiere exclusivamente a los delitos dolosos-, sino también porque cualquier tipo de referencia o relación debería haberse realizado con el apartado siete de ese precepto regulador de la sustitución del proceso penal por la expulsión administrativa que constituye, junto con la sustitución de la pena, la otra modalidad legítima de renuncia del Estado al *ius puniendi*”.

Como señala BOZA MARTÍNEZ, a esta vinculación conviene realizarle tres matizaciones. “En primer lugar, el hecho de que en la legislación de extranjería se haga referencia a pena privativa de libertad y en el artículo 89 CP a prisión. Además, la norma de extranjería refiere la realización de una conducta dolosa, referencia que no aparece en el art. 89 CP. Por último, el precepto de la LOEX la mención es a delito sancionado con pena superior a un año, es decir, a la pena abstracta relacionada con el delito, sin necesidad de que la pena impuesta efectivamente supere este límite. En el caso del artículo 89 CP se exige que la condena efectiva sea superior a un año”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> RECIO JUÁREZ, M., “Claves de la reforma de la expulsión...”, pág. 4.

<sup>39</sup> BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras...*, pág. 298 y 299.

Para RECIO JUÁREZ, además de la discordancia con el art. 57.2 LOEX, que no se haga distinción entre delitos dolosos y culposos “constituye una contradicción con el principio de proporcionalidad que debe regir la aplicación de la expulsión, ya que la comisión de delitos culposos por parte del extranjero no debería contemplarse, al menos desde el punto de vista de la prevención negativa, de manera idéntica a la comisión de delitos dolosos”<sup>40</sup>.

Coincidimos con GARCÍA ESPAÑA cuando plantea los diversos supuestos que, aplicando la normativa actual, se pueden dar, en función de la situación administrativa del condenado:

“Para los extranjeros residentes legales que hayan cometido conductas imprudentes o dolosas cuya pena sea superior a un año de privación de libertad o de otra naturaleza, siempre que no sea pena de prisión, no es de aplicación el sustitutivo de la expulsión del artículo 89 CP, por no tener cabida en su ámbito de aplicación. Esta situación no varía con respecto a la regulación anterior, puesto que los residentes legales no eran sujetos de aplicación de la norma penal. Este supuesto afecta a los condenados extranjeros a más de un año de pena privativa de libertad que no sea la prisión. En estos casos, si bien no es posible sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, el extranjero está incurso en la causa de expulsión del 57.2 LOEX, sin que las circunstancias personales y en especial el arraigo puedan interferir en la ejecución de la sanción administrativa. Por lo que al cumplir su condena podrá ser ejecutada la expulsión administrativa.

Tampoco varía la situación para los extranjeros residentes legales que hayan sido condenados a una pena privativa de libertad de un año o inferior a un año. Con la regulación anterior, la expulsión como sustitutivo penal no se aplicaba por tratarse de un residente legal, que además no incurría en la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX por ser una pena privativa de libertad de un año o menos. Con la nueva regulación tampoco se aplica la expulsión como sustitutivo penal porque, aun pudiendo aplicarse a residentes legales, el supuesto de hecho cae fuera del ámbito objetivo de aplicación del nuevo artículo 89 CP.

Sí es una novedad el hecho de que los extranjeros en situación irregular que cometan delitos sancionados con penas privativas de libertad, incluso de prisión, de un

---

<sup>40</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 199.

año o inferiores salgan del ámbito objetivo de aplicación del nuevo artículo 89 CP. Hay que tener presente que el artículo 57.7 de la LOEX prevé la posibilidad de que el juez autorice la suspensión de la causa penal para que se pueda proceder a la expulsión administrativa del extranjero siempre que esté siendo investigado por un “delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días”. Solo en el caso excepcional de que el juez no autorice la suspensión de la causa y se condene al extranjero irregular a una pena privativa de libertad inferior a un año estaremos ante un supuesto que, habiendo tenido cabida en la regulación anterior, no la tiene en el precepto actual del artículo 89 CP”<sup>41</sup>.

Conforme al art. 89.9 CP, quedan excluidas de la expulsión judicial las condenas impuestas por la comisión de los delitos tipificados en los artículos 177 bis (“trata de seres humanos”), 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 313 (emigración de personas simulando contrato) y 318 bis (tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas). El legislador no admite excepción alguna a la regla, por lo que no procederá la expulsión cuando el ciudadano extranjero haya sido condenado por cualquiera de estos delitos, otorgando, así, preferencia a la actuación del *ius puniendi* por parte del Estado y evitando que los extranjeros implicados en los mismos, pudieran resultar beneficiados por la expulsión. Por tanto, si el extranjero es condenado por la comisión de alguno de ellos, no cabrá la expulsión, ni total ni parcial, como sustitución de la pena impuesta; el extranjero habrá de cumplir dicha pena en España y, sólo se procederá a la expulsión gubernativa prevista en el art. 57.8 LOEX, una vez cumplida la misma.

Como señala RECIO JUÁREZ, “nos encontramos, sin duda, con una excepción basada en razones de política criminal, para evitar beneficiar a los delincuentes extranjeros que forman parte de redes organizadas dedicadas a la explotación de la inmigración o personas, y que quedarían indemnes, en posición de regresar a sus países de origen, desde donde libremente podrían continuar con sus actividades ilícitas”<sup>42</sup>. Razones de prevención general exigen su aplicación en todo caso.

---

<sup>41</sup> GARCÍA ESPAÑA, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, nº 18-07, págs. 26 y 27.

<sup>42</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 148.

No obstante, en estos casos de extranjeros, residentes o no, condenados a estos delitos que no son objeto del sustitutivo penal del artículo 89 CP, se prevé su expulsión administrativa en el artículo 57.8 LOEX una vez cumplida la pena privativa de libertad.

En el ámbito objetivo de aplicación del art. 89 CP, la norma discrimina supuestos en función de la duración concreta de la pena impuesta en sentencia y jerarquiza tres tramos: hasta un año de prisión, más de un año y hasta cinco, y más de cinco años: en el primero no es posible la expulsión, en los otros dos sí, total o parcial en ambos casos, aunque con un régimen diferenciado.

#### **a) Penas de prisión de hasta un año de duración**

Que el art. 89.1 CP disponga que: “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”, nos lleva a afirmar que el precepto prohíbe sustituir las penas de prisión cuya duración no exceda del término de un año, lo que constituye, pese a la sencillez aparente de la formulación legal, una de las novedades de mayor impacto práctico.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse qué sucederá cuando en una misma sentencia se impongan dos o más penas de prisión inferiores a un año, ¿obliga el art. 89.1 CP a considerarlas por separado de modo que no sea posible sumarlas para alcanzar el requisito temporal de más de un año de prisión?

La prohibición de sumar tiempos parece ser la solución más acorde al sentido de la norma, tanto desde una interpretación literal del precepto, porque el empleo del plural en el inciso “las penas de prisión de más de un año” apunta a que el cumplimiento del requisito temporal se exige de todas y cada una de ellas, como desde una interpretación sistemática, porque cuando el art. 89.2 CP habilita la suma de penas como criterio delimitador de su propio supuesto de aplicación lo hace mediante un enunciado expreso e inequívoco: “cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración”.

En este sentido se ha pronunciado la AP de Sevilla en su Auto de 13 de junio de 2016, argumentado que “el tenor literal del precepto “las penas de prisión de más de un año” apunta a que este requisito temporal es exigible de todas y cada una de las penas y no puede dejar de advertirse que cuando el legislador ha querido que puedan sumarse las diferentes penas para alcanzar los límites que establece, lo ha previsto de forma

expresa, como sucede en el artículo 89.2 del CP o en el artículo 80.2 2ª a propósito de la suspensión de la ejecución de la pena”<sup>43</sup>.

Sin embargo, cuando concurren en una misma sentencia una pena de prisión de más de un año de duración con otra u otras de duración igual o inferior, pensamos que sí será posible la sustitución de todas ellas por la expulsión, pues no parece lógico que la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* afecte solo a las penas de más entidad.

En el mismo sentido se pronuncia la FGE su Circular 7/2015, diciendo que: “si ninguna de las penas de prisión impuestas en una misma causa a un ciudadano extranjero excede el año de duración, la sustitución por expulsión no será admisible, aunque sumadas todas ellas superen el límite exigido; si, en cambio, una o varias de las penas de prisión tienen una duración superior a un año y otra u otras no, no habrá inconveniente en que se acuerde y ejecute la expulsión judicial en sustitución de todas ellas.

Será igualmente posible acordar la expulsión cuando concurre la pena de prisión de más de un año con otras penas de distinta naturaleza. Si concurren procedimientos penales en tramitación contra el mismo ciudadano extranjero cuya pena de prisión ha sido sustituida, es posible autorizar la expulsión, al amparo del art. 57.7 LOEX, por los juzgados que estén tramitando las causas no finalizadas por sentencia, si concurren los requisitos necesarios. Para ello es preciso lograr una adecuada coordinación de las distintas Fiscalías, a través de sus respectivos servicios de extranjería, para dar una respuesta global, armónica y coherente a estos supuestos”.

En definitiva, las penas de prisión de duración igual o inferior a un año no son susceptibles de sustitución por expulsión, procediendo, en consecuencia, su ejecución penitenciaria o su suspensión condicional siempre que concurren los requisitos de los arts. 80 y ss. CP.

#### **b) Sustitución total de penas de un año y un día hasta cinco años de prisión**

En estos casos, según el art. 89.1 CP, la sustitución de la pena por expulsión será como regla general completa, si bien excepcionalmente el juez o tribunal podrá acordar el cumplimiento de la prisión “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del

---

<sup>43</sup> AAP de Sevilla, Sec. 4ª, núm. 300/2016, de 13 de junio, JUR\2016\197312.

orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, de modo que la pena se cumplirá en la parte que determine el órgano judicial, que no podrá ser superior a los dos tercios de su extensión total, cumplida la cual se producirá la expulsión del penado del territorio nacional en sustitución del resto de la pena. La sustitución también se hará efectiva “cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”, si ello adviene durante el cumplimiento de la parte de pena determinada por el juez o tribunal en su resolución.

Entendemos que la reforma ha establecido el límite máximo de la expulsión íntegra en los cinco años por equipararla con el límite establecido en el art. 33 CP para diferenciar entre las penas graves y menos graves, criterio que nos parece más acertado que el de los tres años que se establecía en el Anteproyecto.

El Anteproyecto establecía este límite en los tres años, lo que resultaba adecuado para el CGPJ, en su Informe, “en atención a la modificación de la penalidad de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes operada por LO 5/2010, de 22 de julio, que vino a establecer como pena del tipo básico de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud, la pena de prisión de tres años a seis años. Esta rebaja de las penas, provocó que todos aquellos extranjeros irregulares que introducen drogas que causan grave daño a la salud (principalmente cocaína), escondida en su equipaje o en su organismo, puedan ser de facto castigados sólo con la expulsión, por cuanto que la pena es inferior a los seis años y por tanto, de obligada sustitución por expulsión, según la regulación vigente. Lo que ha originado un grave déficit en la función de prevención general de la pena, convirtiendo la expulsión en un instrumento favorecedor del delito, ante la bondad de la sanción para la comisión de estos hechos, desactivando el fin preventivo disuasorio de la pena establecido en la norma penal”<sup>44</sup>.

De manera que las penas de prisión de un año y un día hasta cinco años impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión no resulte desproporcionada. Vemos pues, que, aunque se mantiene el carácter imperativo de la expulsión de las penas de entre más de un año y cinco años de prisión, se destierra cualquier atisbo de automaticidad que pudiera entenderse existente, pues la expulsión deberá acordarse, solamente, si resulta proporcionada a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, es decir, se establece una excepción absoluta

---

<sup>44</sup> Informe al Anteproyecto..., pág. 102.

basada en los intereses del condenado, que excluye toda posibilidad de expulsión, incluso como sustitutivo parcial, y que trata de evitar cualquier expulsión del territorio nacional que resulte objetiva y subjetivamente desproporcionada. Por su importancia, nos referiremos a ella en epígrafe aparte.

En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión de la ejecución de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP, si cumple los requisitos necesarios para ello.

Como señala la Circular 7/2015 de la FGE, “la expulsión judicial será, en principio, asumible, salvo circunstancias especiales, cuando la pena de prisión impuesta sea susceptible virtualmente de beneficiarse de la suspensión condicional por cumplir los requisitos del art. 80 CP, que se refieren a penas de duración limitada impuestas a sujetos no peligrosos”.

En cuanto a los ciudadanos comunitarios, dispone el párrafo cuarto del art. 89.4 CP que no cabrá la sustitución íntegra de la condena impuesta al extranjero ciudadano de la UE con más de diez años de residencia en España; pero, además, tampoco cabrá en el resto de los supuestos de condena a este tipo de ciudadanos, pues, como señala la Circular 7/2015 de la FGE, “en la medida en que el ciudadano de la UE debe representar un peligro grave y actual para la seguridad o el orden público españoles, razones elementales de prevención general y de afirmación del ordenamiento jurídico demandarán el cumplimiento en prisión de una porción de la condena suficiente para expresar el reproche social que merece la conducta”.

### **c) Sustitución parcial de la pena**

La anterior regulación del art. 89 CP admitía la expulsión como medida sustitutiva del último tramo de la condena de prisión impuesta cuando el extranjero residente ilegal se encontrase en tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, tanto en los supuestos de penas de prisión que excedieran de seis años, como en los casos en que, aun siendo menor, resultase inaplicable la sustitución completa de la pena privativa de libertad por impedirlo la naturaleza y gravedad del delito o delitos cometidos por el extranjero.

El art. 89 CP vigente prevé que, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal pueda acordar la ejecución de una parte de la pena y la sustitución del tramo final de la misma. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

Partiendo de la base de que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular, su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada, así como que, en ningún caso, serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los art. 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP, la única excepción que el precepto establece para que el extranjero condenado cumpla parte de la pena en España es la que la FGE en su Circular 7/2015 denomina “excepción relativa o de orden político-criminal” y sobre la que argumenta así: “El régimen general favorable a la expulsión sustitutiva queda exceptuado cuando su aplicación resulta, por las circunstancias particulares concurrentes en el caso, inconciliable con el logro de los fines de la pena, a cuyo efecto el art. 89 CP, en sus apartados 1 y 2, enuncia dos criterios, íntimamente conectados y de inequívoca significación político criminal, que deben ser valorados por el juez o tribunal sentenciador antes de resolver sobre el destino del penado:

a).- La “necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico”, esto es, impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena.

Ello quiere decir –y en este punto abunda la jurisprudencia en precedentes- que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la Ley, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial, por lo que la expulsión no puede ser



automáticamente aplicada (SSTS nº 1162/2005, de 11 de octubre; 1249/2004 de 28 de octubre; 901/2004, de 8 de julio; 636/2005, de 17 de mayo; 1546/2004, de 21 de diciembre; 1189/2005, de 24 de octubre; 366/2006, de 30 de marzo; 842/2010, de 30 de septiembre).

b).- La necesidad de “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, es decir, evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal. Tal situación de impunidad no sólo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena -perspectiva de la prevención general negativa-, sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente como graves -perspectiva de la prevención general positiva- (SSTS nº 1189/2005, de 24 de octubre; 245/2011, de 21 de marzo; 28/2012, de 25 de enero)”.

La jurisprudencia ya venía argumentando que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con mayor razón cuando se vayan aproximado a los seis años de prisión, no se estima razonable acudir a la expulsión sustitutiva, evidentemente, en atención a la gravedad de la conducta delictiva que revela la entidad de la pena<sup>45</sup>. Por ello, a la hora de interpretar las razones de prevención general que exigen, al menos, el cumplimiento parcial de la pena, habrá que prestar atención a las penas superiores a 2 años de prisión, que, en principio no pueden ser objeto de suspensión del art. 80 CP, y por tanto, son consideradas como de obligado cumplimiento en aras de satisfacer los principios de prevención general positiva, a diferencia de las penas inferiores a dos años, cuya suspensión se admite en aras de la búsqueda para el delincuente primario de alternativas resocializadoras más eficaces.

En esta línea interpretativa, el TS, en alguna de sus sentencias, argumenta: “la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del

---

<sup>45</sup> STS, Sala 2ª, núm. 906/2005, de 8 de julio, RJ\2005\9204, o STS, Sala 2ª, núm. 949/2009, de 28 de septiembre, RJ\2009\7438.

penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva)”<sup>46</sup>.

Como señala la STS de 14 de diciembre de 2016, “los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala.

Dijeron las SSTS 132/2014 de 20 de febrero y 479/2014 de 3 de junio, que los objetivos perseguidos por las políticas de extranjería e inmigración no pueden orillar los fines del proceso penal, y deben compatibilizar con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social). Y así se ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos del afectado,

---

<sup>46</sup> STS, Sala 2ª, núm. 949/2009, de 28 de septiembre, RJ\2009\7438. En el mismo sentido la STS nº 132/2014, de 20 de febrero, RJ\2014\1869.

sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española (SSTS 166/2007 o 165/2009 de 19 de febrero).

En línea con ello se han apuntado como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico<sup>47</sup>.

Para LEGANÉS GÓMEZ, este nuevo régimen supone la instauración de “un cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados, valorativos y circunstancias que incorpora al art. 89, lo que no va a ser pacífico y uniformemente interpretado e integrado por todos los jueces y tribunales de España. La fórmula utilizada por el legislador de «asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida» puede ser susceptible de diversas interpretaciones y, por tanto, el margen de discrecionalidad del juez o tribunal demasiado elevado, por lo que puede quedar seriamente comprometido el principio general de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), pero también los principios de legalidad y taxatividad<sup>48</sup>”.

Los defectos señalados se pusieron de manifiesto en la tramitación parlamentaria. Así, la Enmienda núm. 5, del Grupo Convergència i Unió, Boletín Oficial de las Cortes generales, de 10 de diciembre de 2014, pág. 15: «Finalmente, en el marco de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80.4) o bien en sede de sustitución de la pena de prisión de más de 1 año impuestas a ciudadanos extranjeros por el expulsión del territorio español (art. 88.1, 88.2 y 88.7), el Proyecto emplea un concepto jurídico indeterminado (nuevamente, como el tratamiento que el Proyecto realiza a los enfermos mentales, estamos hablando de conceptos indeterminados) de dificultosa aplicación y que desde este Grupo entendemos que sería contrario al principio de seguridad jurídica, ya que se otorgaría

---

<sup>47</sup> STS, Sala 2ª, núm. 927/2016, de 14 de diciembre, JR\2016\5991.

<sup>48</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados en el Código penal de 2015”, *Diario la Ley* nº 8579, 9 de julio de 2015, pág. 7.

discrecionalidad al juez a la hora de valorar la necesidad de « ... asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito». Entendemos que esta propuesta supone nuevamente un aumento desmesurado de la discrecionalidad del juez, que no se traduce en un beneficio, sino al contrario, supone una debilidad en la técnica legislativa, que entendemos que no es admisible.

Como señala RECIO JUÁREZ, “aquellas circunstancias que justifican la exclusión de la expulsión sustitutiva vendrán representadas por la gravedad del delito cometido, naturaleza del mismo, bien jurídico atacado y perjuicios ocasionados a la víctima, con especial atención a la criminalidad organizada”<sup>49</sup>.

El art. 89 CP prevé la ejecución de una parte de la pena y la sustitución del resto por la expulsión del territorio español, tanto para las penas de prisión de un año y un día y hasta cinco años, como para las penas superiores a cinco años de prisión, como veremos en los epígrafes siguientes.

## **ii. Sustitución parcial de una pena de entre más de un año y cinco años de prisión**

Como se ha dicho, las penas de entre más de un año y cinco años de prisión impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español cuando ésta no resulte desproporcionada a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España. No obstante, dispone el art. 89.1 CP que, excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto (como mínimo un tercio de la condena) por la expulsión del territorio español.

Así pues, lo habitual será la sustitución completa de la pena por la expulsión del territorio nacional. Excepcionalmente procederá la sustitución parcial cuando a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos que han motivado la condena se aprecie una necesidad efectiva de afirmar el ordenamiento jurídico mediante su cumplimiento en Centro Penitenciario.

---

<sup>49</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 151.

La AP de Madrid, en su sentencia de 26 de noviembre de 2015, para un caso de un acusado que vino a España con la única finalidad de efectuar un transporte de cocaína y marcharse, aplica el criterio mantenido en el Acuerdo adoptado el 29 de mayo de 2004 por la Junta de Magistrados del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid sobre unificación de criterios, y, en una condena de cuatro años de prisión, considera “suficiente que el penado cumpla la mitad de la pena impuesta antes de acordar la sustitución del resto de la misma por su expulsión del territorio nacional, salvo que con anterioridad a ese momento el penado accediera al tercer grado u obtuviera la libertad condicional, en cuyo caso se procedería a la inmediata sustitución de la pena que le quedara por cumplir por su expulsión del territorio nacional, lo que en cualquier caso se efectuará bajo las condiciones que, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 89 del Código Penal, fijará el Tribunal llegado el momento de la expulsión”<sup>50</sup>.

El mencionado Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid dice: “una aplicación rutinaria y automática de la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional pudiera promover de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros; de ahí que cuando las penas fueran superiores a los tres años no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena”.

En estos términos se pronuncia la FGE que, en su Circular 7/2015, dice: “Las condenas de prisión de duración superior a dos años -pena o suma de penas impuestas en la misma sentencia- y no superiores a cinco años serán susceptibles de expulsión sustitutiva cuando sancionen conductas que no presenten por su gravedad intrínseca o por la forma en que han sido ejecutadas rasgos que hagan especialmente necesario el cumplimiento de la pena.

Aunque es obligada la valoración singularizada de cada supuesto, se debe rechazar la sustitución completa de la pena, al menos, en estos casos:

a).- Delitos que llevan en su ejecución o resultado el uso de una violencia o intimidación de especial intensidad: se trataría, en particular, de los delitos de robo con violencia o robo con intimidación en cuya comisión se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos, y las lesiones cualificadas de los arts. 148 a 150 CP.

---

<sup>50</sup> SAP de Madrid, Sec. 16, núm. 802/2015, de 26 de noviembre, JUR\2015\306311.

b).- Delitos que entrañen vejación, degradación, o ensañamiento sobre la víctima.

c).- Delitos que hayan expuesto a la víctima a un peligro concreto y grave para su vida o integridad física o psíquica; se tomarán igualmente en consideración las necesidades de protección que presente la víctima.

d).- Delitos que afectan a bienes jurídicos personales especialmente valiosos, como la inviolabilidad del domicilio cuando forma parte de cualquier modalidad de robo en casa habitada, la libertad personal o la libertad e indemnidad sexuales.

e).- Delitos que ven intensificada su culpabilidad por recaer sobre víctima desamparada por razones de edad (menores y ancianos), discapacidad y situación concreta de vulnerabilidad.

f).- Delitos cualificados en su peligrosidad por el hecho de ser cometidos por medio de o en el seno de una organización o grupo criminal, especialmente cuando presenten conexiones transnacionales.

g).- Delitos que teniendo asignada en la correspondiente figura penal una pena base mínima de prisión superior a cinco años hayan sido castigados con pena igual o inferior a dicha extensión en virtud de las reglas de aplicación de las penas establecidas en los arts. 61 y ss. CP.

h).- Delitos contra la salud pública que excedan el mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita. En este punto procede seguir el criterio consagrado por la Sala 2ª del TS que, de forma sistemática, y exceptuados los casos de venta al por menor o de relevancia menor, ha señalado la improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad atendida la inequívoca gravedad de la conducta y el estímulo que representaría la sustitución para la proliferación de tales actividades (SSTS nº 172/2006, de 17 de febrero y 853/2010, de 15 de octubre, entre otras)”.

En cualquier caso, independientemente de la parte de pena que se haya acordado cumplir en España, que, como se ha dicho, no podrá ser superior a los dos tercios de su extensión, se sustituirá el resto cuando el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

En estos casos, pues, el penado cumplirá como máximo las dos terceras partes de la extensión de la pena de prisión impuesta, límite que coincide con uno de los

supuestos previstos para acceder a la libertad condicional, por lo que la referencia a esta situación penitenciaria resulta supérflua, salvo el supuesto contemplado en el art. 90.3 CP, que el propio precepto califica como excepcional y que requiere, en todo caso, que el condenado hubiere accedido al tercer grado; como mínimo, cumplirá la parte de pena necesaria para acceder al tercer grado penitenciario que, por regla general, es una cuarta parte de la condena.

Dispone el art. 104.3 RP que para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, es decir, la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

Se trata, a nuestro juicio, de un tercer grado que podríamos denominar “instrumental”, pues no se corresponde con el tercer grado penitenciario acordado con la intención de que el interno pase a tener un régimen de vida en semilibertad en un Centro de Inserción Social, sino de un tercer grado acordado con el objetivo de poder sustituir la condena que quede por cumplir por la expulsión del territorio español.

Pues, como señala PUENTE SEGURA, esta posible sustitución parcial nada tiene que ver con criterios vinculados a la prevención especial. “No se trata, desde luego, de que habiéndose producido en el condenado extranjero los efectos positivos que el tratamiento penitenciario persigue, lo que le habría permitido alcanzar el tercer grado penitenciario, se resuelva sustituir, en su beneficio y ante el buen pronóstico de vida futura, el cumplimiento efectivo del resto de la pena por una medida no privativa de libertad. Ni se trata tampoco de que habiéndose cumplido por el condenado las tres cuartas partes de una larga condena, se considere ya innecesario continuar con la ejecución efectiva de la misma sustituyéndose por la medida de expulsión del territorio nacional. Parece claro que el objetivo del legislador ha sido, considerando que la gravedad de la pena impuesta no permite eludir el cumplimiento mínimo –que se considera indispensable para no vaciar a la pena de prisión de su contenido retributivo-, puedan seguir siendo alcanzados los objetivos de la política de extranjería, procediendo

entonces a la expulsión del extranjero sin residencia legal del territorio nacional”<sup>51</sup>. A este respecto, ARIAS SENSO<sup>52</sup> decía que la ampliación del marco objetivo de aplicación con referencia al tercer grado penitenciario deja en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización sino la expulsión del penado.

Sin embargo, debemos recordar que, al menos el art. 104.3 RP establece que para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado; y el art. 72.5 LOGP exige además que se haya satisfecho las responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

## **ii. Sustitución parcial de penas de prisión de duración superior a cinco años, o penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años**

Dispone el art. 89.2 CP que cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal sentenciador “acordará la ejecución en todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. En esta modalidad de expulsión

---

<sup>51</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, págs. 427-428.

<sup>52</sup> ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”, *Revista Diario La Ley*, nº 6160, 3 de enero de 2005, pág. 3.



sustitutiva parcial no existe limitación en cuanto a la duración de la pena, podrá sustituirse parcialmente el cumplimiento de cualesquiera penas de prisión superiores a cinco años que se impongan al penado extranjero. La norma otorga una amplia discrecionalidad judicial en la determinación de la parte de pena a cumplir, pues no fija un periodo mínimo de tiempo de permanencia en prisión. Igual que en el caso anterior, la sustitución se hará igualmente efectiva cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

El hecho de que el precepto utilice la expresión en plural “en estos casos”, nos lleva a afirmar que, tanto en el caso de que el juez o tribunal acuerde la ejecución de la totalidad de la pena impuesta, como en el caso de que acuerde la ejecución de una parte de la misma, se procederá, en todo caso, a la sustitución del resto cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Esta posibilidad sólo desaparecerá cuando la expulsión del territorio nacional sea manifiestamente desproporcionada en atención a las circunstancias personales del reo, como se indicará en el siguiente apartado.

A este respecto, BOZA MARTÍNEZ entiende que “la posibilidad de exigir el cumplimiento total y proceder posteriormente a la expulsión supone un cambio en la propia naturaleza de la expulsión”, considera el autor que “en este caso, ya no se podría hablar de una sustitución porque no hay pena que sustituir, ni siquiera parcialmente, sino una nueva pena”. Con todo, matiza el autor, “este supuesto parece que habría que reconducirse a la posibilidad, ya existente en la redacción anterior del precepto, de que lo que acabe sustituyéndose sea la parte de la pena referente a la libertad condicional o al tercer grado [...]. Sin embargo, nada obsta en el precepto para un cumplimiento íntegro de la pena y la posterior expulsión”<sup>53</sup>.

Cuando la pena o penas de prisión impuestas en sentencia exceden de cinco años de duración, supuesto del art. 89.2 CP, la excepción de política criminal antes mencionada demanda otra lectura, pues el supuesto ya atiende a delitos de singular gravedad en los que la pena habrá de cumplirse, en todo o en parte, quedando la discrecionalidad judicial limitada a la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estima necesaria para expresar el reproche que merece el delito o delitos cometidos, antes de proceder a la expulsión del extranjero.

---

<sup>53</sup> BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras...*, págs. 301 y 302.

Para la FGE en su Circular 7/2015: “La excepción de política criminal lleva a exigir el cumplimiento total de la pena y se aplicará, por lo tanto, a supuestos especialmente cualificados. Tales son: la delincuencia organizada (especialmente cuando cuenta con conexiones transnacionales), actos que afecten seriamente a la seguridad exterior o interior del Estado o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como los ataques más graves a bienes jurídicos personales susceptibles de generar un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad (entre los cuales hemos de incluir todo delito que lleve aparejada la nueva pena de prisión permanente revisable)”.

Pero, cabe preguntarse ahora cuál será esa parte de la pena de efectivo cumplimiento que el apartado 2 del art. 89 CP deja a la sola discrecionalidad judicial, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, el tribunal tendrá todo el margen para establecer la parte de la pena que debe cumplirse antes de proceder a la sustitución del resto de la pena por la expulsión, puesto que el precepto no prevé ningún límite máximo de cumplimiento; obviamente, tampoco se fija un límite mínimo.

No obstante, también se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, circunstancia que puede ocurrir con anterioridad a la fecha de extinción de la parte de pena establecida en sentencia.

También en estos casos se trata de un tercer grado “instrumental”, pues, como se ha dicho, no se acuerda con la intención de que el interno pase a tener un régimen de vida en semilibertad en un Centro de Inserción Social, sino que se acuerda con el objetivo de poder sustituir la condena que quede por cumplir por la expulsión del territorio español. En este caso, además de lo dicho anteriormente, no debemos olvidar que el juez o tribunal sentenciador, en aplicación del art. 36.2 CP, también habrá podido ordenar en sentencia que la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En la práctica penitenciaria es habitual realizar la propuesta de sustitución de la pena por la expulsión al cumplimiento de la mitad de la condena, previa progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de manera instrumental.

Para LEGANÉS GÓMEZ, con la nueva redacción del art. 89.2 del CP se van a provocar situaciones de intolerable discriminación con el cumplimiento de la condena por los no extranjeros (libertad condicional, clasificación en tercer grado penitenciario, etc.), puesto que “un extranjero que hubiera sido condenado junto con un español por la comisión del mismo delito y a la misma pena privativa de libertad superior a cinco años tendrá que cumplir la condena en otras condiciones que el español al no tener la misma posibilidad de acceso al tercer grado penitenciario o libertad condicional”<sup>54</sup>.

### **c) Excepción absoluta: proporcionalidad en la expulsión**

El artículo 89 CP anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia del TS suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del TEDH, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del artículo 89 CP en clave constitucional, que huyera de automatismos y diera entrada a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, a través del examen individualizado del caso concreto. Perfiló de esta manera un sistema que permitió excepcionar la expulsión a través del análisis de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso.

El vigente art. 89.4 CP dispone que no procederá la sustitución cuando, “a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”, es decir, se establece una excepción absoluta basada en los intereses del condenado, que excluye, a nuestro juicio, toda posibilidad de expulsión, incluso como sustitutivo parcial, y que trata de evitar cualquier expulsión del territorio nacional que resulte objetiva y subjetivamente desproporcionada. Se recoge, de este modo, en nuestro derecho positivo la doctrina jurisprudencial que reiteradamente desterraba todo automatismo en la adopción de la

---

<sup>54</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados...”, pág. 7.

medida de expulsión del extranjero, exigiendo que se procediese a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto.

En parecidos términos se pronuncia la STS de 31 de octubre de 2012 que incluye entre los requisitos que han de concurrir para justificar la expulsión que no implique “una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsión”, argumentado, además que “la expulsión, por ello, no puede ser automática y que, en todo caso, los efectos de esta decisión que entraña la sustitución de una pena grave, no puede adoptarse sin tener en cuenta todos los intereses en conflicto. Tanto los personales de la persona condenada que tiene derecho a una individualización racional de la pena, teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y laborales o los derechos de la propia víctima, que se ven frustrados al introducir en la legalidad penal una decisión de política administrativa de emigración”<sup>55</sup>.

Así, el juez o tribunal deberá valorar la proporcionalidad entre la medida de expulsión y las circunstancias del hecho y del culpable, entendiendo por circunstancias del hecho la menor gravedad del mismo. Es decir, cuanto más grave sea el delito cometido, se deberá exigir un mayor grado de arraigo en España del penado extranjero para poder entender desproporcionada la medida de expulsión. Desde luego, la expulsión no debería desencadenarse por delitos leves ni por delitos culposos. Como se ha dicho, el art. 89.1 CP se refiere a la sustitución íntegra de penas de prisión de más de un año y hasta cinco años de duración, lo que, a diferencia de lo que sucedía con la legislación anterior, excluye las penas privativas de libertad de menor entidad, lo que garantiza la proporcionalidad en atención a la gravedad de la pena.

A este respecto, la Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2006, argumenta que: “no basta que el Juez o tribunal atienda a la clase de delito cometido, sino que es preciso que examine algún elemento más que le permita valorar la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de proceder al cumplimiento de la pena en España. Y éstos elementos no pueden ser otros que las circunstancias del hecho y del culpable, las cuales, por otra parte, deben ser tenidas en cuenta por imposición expresa de la Ley al individualizar la pena, en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho

---

<sup>55</sup> STS, Sala 2ª, núm. 822/2012, de 31 de octubre, RJ\2012\10575.

concreto, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna razón de peso para que tales aspectos no sean valorados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta si no es previa la comisión de un delito”<sup>56</sup>.

Como recuerda la Circular 7/2015 de la FGE, “el art. 89.4, 1 CP también alude a las circunstancias del hecho como elemento integrante del juicio de ponderación, por lo que la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión; por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal”.

En cuanto a las circunstancias personales del autor, la decisión sustitutoria debe tomar en consideración el grado de integración del extranjero en la sociedad española, valorando, en particular, el arraigo en España. Así lo expresa el TC en su Auto de 3 de noviembre de 2015, diciendo que la nueva regulación “obliga en todo caso a analizar la proporcionalidad de la medida, para lo que se señala como criterio preferente el arraigo del condenado, sobre el que deberá discutirse en el procedimiento”<sup>57</sup>.

A este respecto la Sentencia del TS de 28 de septiembre de 2009 alude a la copiosa doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del art. 89 CP, para adecuarlo a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta, diciendo que “en las SSTS 901/2004, de 8 de julio (RJ 2004,4291), y 906/2005, de 8 de julio (RJ 2005, 9204), se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en

---

<sup>56</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1099/2006, de 13 de noviembre, RJ\2006\7145.

<sup>57</sup> ATC, Pleno, núm. 180/2015, de 3 de noviembre, RTC\2015\180.

cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión”<sup>58</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995, y con motivo de aplicar la expulsión en una sentencia penal, argumentó, en su Sentencia de 20 de julio de 1994, que: “precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación –la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión”<sup>59</sup>.

La SAP de Las Palmas de 23 de noviembre de 2015, alega que “en lo que atañe al arraigo, éste no deja de ser un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido habrá de ser colmado individualmente, caso por caso, por ello, si bien no puede ser definido "a priori" de una forma categórica, estableciendo una línea marcada a partir de la cual se estime que concurre y antes de la que sea inexistente, sí que puede apuntarse que el arraigo no es sino el conjunto de vinculaciones familiares, sociales, laborales, patrimoniales, y de cualquier otra índole personal o económica, que el ciudadano extranjero tenga en el Reino de España. [...] En cuanto al arraigo que debe tenerse en cuenta se ha venido definiendo en virtud de lo recogido en el art. 45 del Reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004, que señala que: "A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa". En el mismo sentido de familia nuclear se ha

---

<sup>58</sup> STS, Sala 2ª, núm. 949/2009, de 28 de septiembre, RJ\2009\7438.

<sup>59</sup> STC, Sala 1ª, núm. 242/1994, de 20 de julio, RTC\1994\242.

pronunciado la Fiscalía General del Estado en las diversas instrucciones emitidas al respecto”<sup>60</sup>.

Como señala RECIO JUÁREZ, “como concepto jurídico indeterminado que es, el arraigo penalmente relevante supondría la existencia de vínculos que unen al extranjero con España, ya sean de tipo familiar, social, económico, laboral, académico o de otro tipo, y que sean relevantes para apreciar, no solo el interés del penado por residir en el país, sino, además, un notable grado de integración socio-cultural que determine la prevalencia de tal interés particular frente al interés colectivo representado por la seguridad y el orden público”<sup>61</sup>. Para QUES MENA, “la noción de arraigo exige que se produzca una inmersión en las estructuras sociales de una determinada sociedad. Por lo tanto, no podrá apreciarse arraigo en quien ignora tales estructuras sociales y participa en otras, situadas al margen, para el logro de finalidades ajenas o contrarias a las vigentes en una sociedad”<sup>62</sup>.

Como señala la Circular de la FGE 7/2015: “La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Esta excepción excluye tanto la sustitución total como parcial de la pena de prisión: a ello obedece que el Preámbulo diga que en los términos de la sustitución penal la proporcionalidad opera “en todos los casos”. El arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del art. 8 CEDH, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación”.

Dice el art. 8 CEDH: “1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

---

<sup>60</sup> SAP de Las Palmas, Sec. 1ª, núm. 272/2015, de 23 de noviembre, JUR\2016\23931.

<sup>61</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 131.

<sup>62</sup> QUER MENA, L., “El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº 7067, 1 de diciembre de 2008, pág. 4.

Por vida familiar debemos entender la relación matrimonial, a la que se asimila la convivencia *more uxorio*, y las relaciones paterno-filiales, a las que se podrán asimilar las relaciones con ascendientes y descendientes de segundo grado y hermanos, siempre que exista una situación de dependencia del núcleo familiar. Como señala BOZA MARTÍNEZ, “el requisito fundamental, más que la legalidad, es el de la efectividad del vínculo matrimonial o análogo”<sup>63</sup>.

Para RECIO JUÁREZ, “no basta una mera relación de afectividad entre adultos, como puede ser una situación de noviazgo, ni siquiera el matrimonio, si existe la posibilidad irrefutable de que la pareja se reúna en cualquier otro lugar y la unión o convivencia no quede imposibilitada *sine die*, ni, incluso, los mismos vínculos directos de parentesco y afectividad entre hermanos o con los progenitores también adultos, si no existe una relación de convivencia y dependencia”<sup>64</sup>.

En la STS de 28 de enero de 2016, el Tribunal deniega la expulsión inmediata solicitada por el Ministerio Fiscal, especificando, “que únicamente ha acreditado el arraigo de la persona a la que identifica como su novia, pero no el suyo, sin que ni siquiera conste la pretendida relación sentimental”<sup>65</sup>.

La FGE, en su Circular 7/2015, mantiene que “no es proporcionada -salvo que concurren circunstancias muy poderosas- la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. Para el TEDH ‘excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8.1 de la Convención’ (STEDH 11 de octubre de 2011, Emre contra Suiza).

Debe tratarse, en todo caso, de relaciones con parientes próximos: cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos (STEDH 17 de febrero de 2009, Onur contra el Reino Unido), sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE).

Deben ser relaciones genuinas, que entrañen convivencia o asistencia material, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal (SSTEDH 30 de

---

<sup>63</sup> BOZA MARTÍNEZ, D., “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 11, 2006, pág. 31.

<sup>64</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 135.

<sup>65</sup> ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 449/2016, de 28 de enero, RJ\2016\1454.



noviembre de 1999, Baghli contra Francia; 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Debe haber una relación de convivencia real y estable, no basta alegar la existencia de una relación de parentesco. No se encuentra en esta situación quien es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y hermanas que habitaban en el país de acogida (STEDH de 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia).

No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja (STEDH de 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca); no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales (SSTEDH de 7 de noviembre de 2000, Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos; de 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; de 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia)”.

Como se ha dicho, para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia. Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos (STEDH de 2 de febrero de 2001, Boultif contra Suiza) y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido) o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social. La STEDH de 13 de julio de 1995, condenado el imputado por un gravísimo delito de violación en grupo, el Tribunal considera que al presentar una enfermedad congénita de sordomudez y una deficiente escolarización, pese a que “el interesado tiene una cierta parte de responsabilidad en esta situación ya que por razón de su mala conducta, ha sido objeto de expulsiones de los establecimientos que frecuentaba”, no

debe ser expulsado, ya que, “no puede encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social más que en su familia compuesta mayoritariamente de ciudadanos franceses que no tienen ningún vínculo con Argelia”<sup>66</sup>.

En el mismo sentido, la FGE, en la Circular 7/2015, argumenta que “la expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto. Será desproporcionada, pues, la expulsión del extranjero que se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la medida le deje en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación”.

Si bien es cierto que la interpretación anteriormente expuesta se ha venido construyendo sobre la base de la protección de los derechos del condenado que se opone, esencialmente por desproporcionada, a la expulsión, no hay que olvidar, como recuerda el ATS de 31 de mayo de 2012, que “en ocasiones la posición es la contraria, toda vez que es el propio condenado, al considerarla como más beneficiosa para él, quien interesa su expulsión como alternativa al cumplimiento de la pena privativa de la libertad”<sup>67</sup>. Por lo que, si es el propio penado quien solicita la sustitución de la pena de prisión por expulsión, con independencia de la existencia de arraigo familiar, no operarán como motivo de denegación de la sustitución las circunstancias personales del mismo; sin embargo, podrá denegarse la expulsión en atención a criterios objetivos de prevención general, que permiten la ejecución de la pena cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

La presencia continuada del extranjero en España durante un período prolongado de tiempo implica también una situación de arraigo social, pero ese arraigo no puede deducirse simplemente de la entrada en España del extranjero en una determinada fecha, sino que exige la efectiva integración del mismo en la sociedad española. Así, el ATS de 25 de junio de 2009, no tiene en cuenta la duración de residencia “a la vista del tiempo de estancia en España -más de tres años, al menos- sin haber logrado trabajo alguno, de lo que se desprende que la actividad delictiva es el único medio de vida con que cuenta voluntariamente, para entender que no hay ninguna razón que justifique hacer uso de la posibilidad excepcional alternativa para no acordar la expulsión”<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> STEDH de 13 de julio de 1995, caso Nasri contra Francia.

<sup>67</sup> ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 926/2012, de 31 de mayo, JUR\2012\204274.

<sup>68</sup> ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 1527/2009, de 25 de junio, JUR\2009\328132.

Como señala RECIO JUÁREZ, “la residencia prolongada en el país de acogida es una condición imprescindible para que pueda producirse una situación de arraigo, pero por sí sola no implica que la integración del extranjero se haya desarrollado lo suficiente para confirmar que concurre un nivel de arraigo elevado para entender desproporcionada la medida de expulsión”<sup>69</sup>.

Según la Circular 7/2015 de la FGE, “a mayor tiempo, mayor arraigo cabrá esperar en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. El arraigo será la norma en los residentes legales, pues la concesión de las autorizaciones administrativas se condiciona normalmente a la existencia de un contrato de trabajo, o de fuentes de ingresos suficientes para garantizar su autonomía económica, que generan un círculo virtuoso de integración activa en el tejido social del país de acogida que la condena penal sólo debe romper si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguardar la seguridad y el orden interior. No obstante, comoquiera que es posible que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos efectivos con el país de acogida, no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso”.

Hay que tener en cuenta, también, las situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país, como sucede con los inmigrantes de segunda generación, o los llegados durante la infancia o primer juventud, quienes, al margen de su nacionalidad, no conservan relación alguna con el país de origen. Así la STEDH de 18 de febrero de 1991, considera desproporcionada la medida de expulsión decretada contra el recurrente, al perturbar gravemente su vida familiar, al contar con toda su familia en Bélgica y haber llegado al país de acogida con menos de dos años. “Desde entonces, había pasado alrededor de veinte años junto a los suyos y sin separarse de ellos. No había vuelto a Marruecos más que en dos ocasiones de vacaciones. Había seguido toda su escolaridad en francés”<sup>70</sup>.

En el mismo sentido la Circular 7/2015 de la FGE, señala que, “inmigrantes de segunda generación: son los hijos de inmigrantes que han nacido y vivido toda su vida en España manteniendo la nacionalidad de sus progenitores; es posible que no conserven relación alguna con el país de origen, no sepan desenvolverse con fluidez en

---

<sup>69</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 137. En el mismo sentido QUES MENA, L., “El arraigo, social, económico y familiar...”, pág. 6.

<sup>70</sup> STEDH de 18 de febrero de 1991, Caso Moustaqin contra Bélgica, apartado 45, TEDH\1991\3.

el idioma de sus progenitores y hayan desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, en nuestro país. En estas circunstancias – al margen de su nacionalidad formal- es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen.

Inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales. En ellos concurren circunstancias similares a los anteriores no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad.

Otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen (SSTEDH 18 de febrero de 1991, Moustaquin contra Bélgica; de 26 de septiembre de 1997, Mehemi contra Francia; de 17 de abril 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia; de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido)”).

En cuanto al arraigo económico o laboral, entendemos que, por sí solo, tal vínculo carece de entidad suficiente como para apreciar desproporcionada la expulsión; no obstante, se trata de indicios relevantes para determinar el grado de integración y vinculación del penado con España. Pero como quiera que pueden darse casos de extranjeros que carezcan de vínculos familiares en nuestro país, no pueden quedar excluidos del examen de su situación de arraigo, ya que supondría un trato discriminatorio inaceptable, por lo que habrá que acudir a sus vínculos sociales y económicos con nuestro país para valorar su grado de arraigo.

Según QUES MENA, “respecto de los intereses laborales, el mayor o menor grado de vinculación con el territorio que implican depende del tipo de actividad de que se trate. Así, en el caso de actividades por cuenta ajena, la vinculación está determinada por la estabilidad laboral, de modo que los contratos indefinidos sin periodo de prueba o con periodo de prueba superado son los que mayor vinculación con el territorio implican. Por su parte, respecto de las actividades por cuenta propia, la intensidad de los lazos entablados será proporcional al volumen de las inversiones realizadas para la

puesta en marcha y continuidad de la actividad, así como a la entidad del fondo de comercio acumulado durante su ejercicio”<sup>71</sup>.

Hay que tener en cuenta, también, para valorar la situación de arraigo del penado en España, el historial delictivo del mismo, que se deberá valorar conjuntamente con el resto de sus circunstancias personales. Como señala RECIO JUÁREZ, “el arraigo es un concepto cuya apreciación se refiere siempre a un concreto momento”, por ello, “en estos supuestos, se ha de valorar el riesgo actual que para la seguridad y orden público supone el extranjero, y por tanto la necesidad de la medida de expulsión, que podría ser desproporcionada, ante un puntual acto delictivo, si concurren otros elementos que acrediten el arraigo del penado”<sup>72</sup>.

En idéntico sentido, la Circular 7/2015 de la FGE, considera que “hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH de 11 de julio de 2002 Amrollahi contra Dinamarca), el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH de 18 de febrero de 1991, Moustaquin contra Bélgica), o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido)”.

Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, el apartado 4 del art. 89 CP “establece una excepción basada en los intereses del condenado, que pueden ser claramente distintos a los intereses generales de defensa del orden jurídico y de restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma mencionados en los apartados 1 y 2 del art. 89”. Para estos autores, “en primer lugar debe valorarse el interés individual acordando si la expulsión es proporcionada a las circunstancias del sujeto y valorando a continuación si, de todas formas, la pena debe cumplirse en España porque lo impone el interés general. [...] Al respecto, entendemos que evitaría gran parte de los problemas que la regla general fuera el cumplimiento de la pena en España, en las mismas condiciones que los españoles y con las mismas posibilidades de

---

<sup>71</sup> QUES MENA, L., “El arraigo, social, económico y familiar...”, págs. 3 y 4.

<sup>72</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 141.

reinserción posterior, situando la excepción en los casos en que por razones humanitarias o de mayores posibilidades de reinserción en el país de origen, resultara más aconsejable la expulsión. Con ello se mantendría la prioridad individualizadora de las alternativas a la prisión, liberándola de la contaminante convivencia con las políticas estatales de extranjería”<sup>73</sup>.

SAP de Barcelona de 14 de julio de 2016: “El conjunto de estas circunstancias justifican, bajo consideraciones estrictamente jurídico-penales, el cumplimiento de la condena en España. Lo contrario equivaldría a afirmar la peor condición de los ciudadanos extranjeros frente a los nacionales frente al derecho penal, permitiendo la infiltración y la prevalencia de consideraciones de política de extranjería sobre los estrictamente jurídicos penales, atinentes a la necesidad y finalidad de las penas impuestas (artículo 25.2 CE). En definitiva, y tras la reforma operada en el CP por LO 1/2015, cabe afirmar que nos encontramos ante el supuesto de hecho prevenido en el artículo 89.4 CP que veda la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho (de escasa entidad, como hemos visto) como de las personales del autor (ya analizadas), la expulsión sería desproporcionada”<sup>74</sup>.

Conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 89.4 CP, “La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

---

<sup>73</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 624 y 625.

<sup>74</sup> SAP de Barcelona, Sec. 6ª, núm. 614/2016, de 14 de julio, JUR\2016\209661.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo”.

Como se ha dicho, el art. 21 TFUE establece el derecho de toda persona nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a “circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. La Directiva 2004/38/CE es la que establece tales límites y requisitos.

El Art. 27.1 de la Directiva 2004/38/CE dispone que “Los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos”.

Del art. 37.1 de la Directiva 2004/38/CE se deduce que las “razones de orden público o seguridad pública” nunca podrán invocarse con fines económicos, es decir, como señala RECIO JUÁREZ, “con la finalidad de salvaguardar los mercados nacionales de trabajo o sancionar cualquier incumplimiento de las normativas de ordenación o carácter económico”<sup>75</sup>.

Si bien los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público y de seguridad pública, tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada miembro sin control de las instituciones de la UE. En este sentido se ha pronunciado el TJUE, que siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de personas, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente [SSTJUE de 22 de mayo de 2012, Caso P.I., apartado 23 (TJCE 2012\119), y de 10 de julio de 2008, Caso Jipa, apartado 23 (TJCE 2008\156)].

El párrafo primero del art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE, establece que “las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del

---

<sup>75</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 109.

interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas”, sino que será preciso, como dispone el párrafo segundo del citado art. 27.2 que la conducta personal del interesado constituya “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”.

Estos presupuestos implican, como señala la STJUE de 27 de abril de 2006, que “las medidas de orden público o de seguridad pública deben estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen”<sup>76</sup>, es decir, será preciso hacer una valoración individualizada, de la que se pueda inferir en atención a la gravedad y naturaleza del hecho delictivo cometido, antecedentes y demás circunstancias personales, que el ciudadano de la UE penado presenta un estado de peligrosidad tal que constituya una amenaza real para bienes jurídicos considerados esenciales para la sociedad. Como indica la STJUE de 13 de septiembre de 2016, “el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el concepto de «orden público» requiere en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Por lo que respecta al concepto de «seguridad pública», de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que ese concepto comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueden afectar a la seguridad pública el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares”<sup>77</sup>.

Así pues, la falta de integración del ciudadano europeo en España, o su conflictividad, manifestada mediante la comisión de un delito, no son suficientes para acordar su expulsión; será preciso que el tribunal concrete la amenaza real, actual y suficientemente grave que este ciudadano europeo representa para la sociedad. Conforme establece el art. 27.3 de la Directiva 2004/38/CE, para comprobar si el

---

<sup>76</sup> STJUE (Sala Primera), de 27 de abril de 2006, en el asunto Comisión contra Alemania, TJCE\2006\123.

<sup>77</sup> STJUE (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2016, Caso Rendón Marín (apartado 83), JUR\2016\262084. (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de noviembre de 2010, Caso Tsakouridis (apartados 43 y 44), y de 15 de febrero de 2016, Caso N., (apartados 65 y 66).



interesado constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, “el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado”, así lo prevé también la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones penales en la Unión Europea, que traspone al ordenamiento jurídico español la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

La Circular 7/2015 de la FGE argumenta lo siguiente: “la expulsión sólo puede adoptarse por razones de orden público o seguridad pública (artículo 28 Directiva). Estarían excluidas las razones de salud pública que podrían ser tomadas en consideración para restringir el derecho de libre circulación pero no el de residencia.

La seguridad pública es un concepto jurídico indeterminado que abarca tanto la seguridad interior como la exterior del Estado. Según la doctrina del TJUE el concepto de seguridad pública comprende:

La seguridad interior y la seguridad exterior del Estado (Asuntos C-273/97 Sirdar, C-423/98 Albore, C-285/98 Kreil, C-186/01 Dory, Asunto C-145/09, Asunto C348/09).

La STJUE 4/6/2013 (Asunto C-300/11) expresamente considera atentatorio de la seguridad pública la pertenencia a grupos terroristas.

El tráfico de estupefacientes mediante banda organizada en la medida que como declara la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros (STJUE 23/11/2010, Asunto C-145/09).

Los abusos sexuales y explotación de menores constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves (STJUE 22/5/2012, Asunto C-348/09).

El concepto de orden público, por su parte, comprende cualquier alteración del orden social que implique necesariamente la infracción de una ley que constituya “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (STJUE [Sala 4ª] de 17 de noviembre de 2011, [Asunto C-430/10]).

Además, debe tratarse de una amenaza actual, que conforme a la doctrina del TJUE, se traduce en la “apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en futuro”<sup>78</sup>, por lo que el tribunal deberá comprobar si, pese a la constancia de antecedentes penales, esa peligrosidad subsiste. Como señala la STJUE de 8 de diciembre de 2011, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta, en el momento de analizar la legalidad de una medida de expulsión, “los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el interés fundamental en cuestión, la conducta de la persona de que se trate”<sup>79</sup>.

A este respecto, la Circular 7/2015 de la FGE dice: “La amenaza debe ser actual, es decir, presente en el momento en que se toma la decisión de aplicarle la medida de expulsión y subsistente en el momento de su cumplimiento (art. 27.2 Directiva 2004/38/CE). La expulsión, por lo tanto, no podrá fundarse solamente en consideraciones de defensa del orden público o de la seguridad ciudadana, sino en la conducta personal del interesado acreditativa de que constituye esa amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Asuntos C-33/07 Jipa, C-503/03 Comisión contra España, Asunto C-145/2009, Asunto C-340/2010).

Se trata de criterios acumulados que deben ser valorados conjuntamente. Significadamente, habrá que tener en cuenta que: Debe basarse en un examen individual de cada caso concreto (Asunto C145/2010). Está vedada la adopción de la expulsión por razones de prevención general (Asunto 67/74 Bonsignore, Asunto C-340/2010). No pueden fundarse en la sola comisión del delito (Asuntos C-348/96 Calfa, Asunto 67/74 Bonsignore, Asunto C-340/2010). Están proscritas las expulsiones automáticas (Asunto C-408/03 Comisión contra Bélgica).

La amenaza debe ser real y no meramente especulativa no pudiendo justificarse simplemente por un riesgo general. Por ello la amenaza no puede fundarse en la existencia de antecedentes penales salvo que se infiera razonablemente la probabilidad

---

<sup>78</sup> STJUE (Gran Sala), de 22 de mayo de 2012, Caso P.I. (apartado 34), TJCE\2012\119.

<sup>79</sup> STJUE (Sala Primera), de 8 de diciembre de 2011, Caso Ziebell, (apartado 84), TJCE\2011\393.

de reincidencia (Asunto 30/77 Bouchereau, Asuntos C-482/01 y C-493/01 Orfanopoulos y Oliveri y Asunto C-50/06 Comisión contra Países Bajos).

Una posibilidad remota de comisión de nuevos delitos no es suficiente (Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri). Por tanto la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar la expulsión.

La amenaza debe ser actual y constante tanto en el momento de adoptarse como cuando es revisada (Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri). Por ello, la STJUE 22/5/2012 (Asunto C-348/09) declara (apartado 31) que “cuando una orden de expulsión del territorio se imponga como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad pero se ejecute más de dos años después de haberse dictado, el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2004/38 obliga al Estado miembro a comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y a examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

En determinadas circunstancias, la pequeña delincuencia persistente puede representar una amenaza para el orden público, a pesar de que un delito o infracción particular, individualmente, no baste para representar una amenaza suficientemente grave según la definición anterior (Asunto C-349/06 Polat”).

Aunque para valorar la proporcionalidad de la expulsión de cualquier extranjero se deberá tener en cuenta la situación de arraigo del mismo (primer párrafo del art. 89.4 CP), en el caso de ciudadanos de la UE, el art. 28.1 de la Directiva 2004/38/CE, expresamente obliga a que “antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

Así, en la norma europea se superponen dos planos; por un lado, se hace referencia a la conducta personal del interesado, que debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad, y por otro, se exige que, antes de tomar la decisión de expulsión, se tengan en cuenta las circunstancias personales y familiares del autor. Teniendo esto en cuenta, habrá supuestos en los que sujetos nacionales de un Estado miembro de la UE, aun constituyendo una amenaza para el orden público y la seguridad pública de España, no podrán ser expulsados por su situación personal o

familiar, o como dispone el párrafo primero del art. 89.4 CP, “cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”.

En cuanto a la temporalidad de la amenaza representada por el sujeto, el art. 33.2 de la Directiva 2004/38/CE obliga al Estado a comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión, cuando ésta vaya a ejecutarse más de dos años después de la haberse dictado, [STJUE de 22 de mayo de 2012, Caso P.I., apartado 31 (TJCE 2012\119)].

Para la FGE, en la citada Circular, “El juicio de proporcionalidad se ajusta al establecido -con carácter general- en el artículo 89.4 párrafo primero del Código Penal ya analizado. No obstante, siguiendo las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [COM (2009) 313, final] puede precisarse que el principio de proporcionalidad habrá respetar las siguientes reglas:

1ª) Habrá de tomar en consideración las características de la amenaza teniendo en cuenta la entidad de los bienes jurídicos ofendidos por el delito enjuiciado. En particular el carácter y la gravedad de la infracción cometida (Asunto C-145/09).

2ª) Habrá que ponderar el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de ese Estado miembro.

3ª) Se valorará la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados.

4ª) Se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito (Asunto C-145/09) y el comportamiento de la persona en cuestión, la buena conducta en prisión y la posible libertad condicional.

Es doctrina del TJUE que la expulsión no puede poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redundará en interés no sólo de este último, sino también de la Unión Europea en general (STJUE 23/11/2010, Asunto C-145/09).

5ª) Se analizará que la expulsión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido de protección del orden público, valorando la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas para lograr ese objetivo.

6ª) Debe valorarse con precisión la situación personal y familiar del condenado:

a) El impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo y sus miembros familiares;

b) En especial el respeto de la vida privada y familiar. Como afirma la STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11 conviene recordar con carácter previo que el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH, y que, por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto C-400/10, PPU).

c) La gravedad de las dificultades a que el cónyuge o pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión.

d) La importancia de los vínculos –o la falta de vínculos- (parientes, visitas, conocimientos lingüísticos) con su país de origen y con el Estado miembro de acogida (por ejemplo, si la persona en cuestión nació en el Estado miembro de acogida o vivió allí desde una edad temprana). Esto es, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado miembro de acogida (Asunto C145/09).

e) La duración de la residencia en el Estado miembro de acogida (Asunto C145/09).

f) La edad y estado de salud.

De conformidad con el principio de no discriminación, no es admisible la expulsión respecto de aquellos comportamientos que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento (Asuntos 115/81 Adoui y Cornuaille y C-268/99 Jany)”.

La Directiva 2004/38/CE consagra un sistema de protección reforzada frente a la expulsión de ciudadanos de la UE, derivado de la situación de residencia de larga duración del mismo; así, el art. 28.3 de la Directiva exige para poder decretar la expulsión de un ciudadano de la Unión, que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, que concurran “motivos imperiosos de seguridad pública”.

El art. 15.6 RD 240/2007 dispone que: “No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos: a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores...”.

Conforme a la STJUE de 16 de enero de 2014, “el período de residencia de diez años previsto en esa disposición debe ser, en principio, un período continuado y ha de calcularse hacia atrás, a partir de la fecha de la decisión de expulsión de la persona interesada”<sup>80</sup>. Ahora bien, como ha señalado la STJUE de 23 de noviembre de 2010, para “determinar si un ciudadano de la Unión ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años previos a la decisión de expulsión, criterio decisivo para la concesión de la protección reforzada que otorga esta disposición, deben tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración total y la frecuencia de estas ausencias, así como los motivos que llevaron al interesado a abandonar ese Estado miembro, que pueden determinar si estas ausencias implican o no el desplazamiento hacia otro Estado del centro de sus intereses personales, familiares o profesionales”<sup>81</sup>.

La principal cuestión que se nos plantea es determinar qué se debe entender por “motivos imperiosos de seguridad pública”. En tal sentido, la STJUE de 22 de mayo de 2012 declara que “el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» supone no sólo la existencia de menoscabo de la seguridad pública, sino, además, que tal menoscabo presente un nivel particularmente elevado de gravedad, como lo refleja el uso de la expresión «motivos imperiosos». También es oportuno recordar que el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública. Según los términos del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, los motivos imperiosos de seguridad pública serán «definidos por los Estados miembros». Si bien, esencialmente, los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública, no obstante tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en

---

<sup>80</sup> STJUE (Sala Segunda) de 16 de enero de 2014, Caso G (apartado 28), TJCE\2014\10.

<sup>81</sup> STJUE (Gran Sala), de 23 de noviembre de 2010, Caso Tsakouridis (apartado 38), TJCE\2010\354.

sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea”<sup>82</sup>.

El párrafo tercero del art. 89.4 CP ha optado por un catálogo cerrado de delitos para plasmar la protección reforzada, disponiendo que: “si el ciudadano comunitario hubiera residido en España durante los diez años anteriores solamente procederá la expulsión cuando además:

a) hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza;

b) hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”.

El apartado a), atiende a la protección más elemental de la sociedad y sus miembros, al contemplar la expulsión sólo cuando el bien jurídico atacado resulta fundamental, como sucede en los delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales, exigiendo, además, que el ataque sea lo suficientemente grave como para justificar la expulsión, por lo que se aplicará cuando el delito sea grave, es decir, castigado con pena máxima de prisión de más de cinco años. Además, se precisa la apreciación fundamentada de un riesgo grave de que el sujeto pueda cometer delitos de la misma naturaleza, es decir, se exige un pronóstico de peligrosidad.

El apartado b), incluye los delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, sin establecer un límite penológico; no obstante se trata de delitos de extrema gravedad, que hace que sus autores entrañen una amenaza grave contra el orden público y la seguridad pública y que justifica la expulsión.

A este respecto, el art. 83.1 TJUE establece que “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

---

<sup>82</sup> STJUE (Gran Sala), de 22 de mayo de 2012, Caso P.I. (apartados 20, 21 y 22), TJCE\2012\119.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada”.

La Circular 7/2015 de la FGE, señala que “La redacción del primer inciso del art. 89.4,3 CP “procederá la expulsión cuando además” debe interpretarse teleológicamente. Lo que pretende expresar el Legislador es que cuando el ciudadano de la UE ha residido durante los diez años anteriores sólo será admisible la expulsión cuando, además de representar una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, haya sido condenado por alguno de los delitos que a continuación se enumeran en las letras a) y b).

El tenor de la norma no deja margen de duda: fuera de estos supuestos, la expulsión de un ciudadano de la UE o asimilado a su régimen deberá descartarse. La norma exige que el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos de la letra a) y que, además, en el momento del enjuiciamiento siga representando un peligro para la sociedad por apreciarse la probabilidad de que vuelva a incurrir en tales delitos. Esta exigencia debe extenderse a los supuestos de la letra b), pues el peligro que exige el derecho de la UE para alzar la protección de sus ciudadanos frente a la expulsión ha de ser siempre actual”.

## **5. Aspectos procedimentales**

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene ninguna norma específica que regule el trámite previsto para la adopción de la expulsión sustitutiva del extranjero condenado, por lo que debemos acudir a la escueta regulación que de ella se hace en el art. 89 CP, lo que, sin duda, suscita una amplia variedad de cuestiones a las que la jurisprudencia y la doctrina han ido respondiendo paulatinamente.

Antes de abordar las cuestiones procedimentales más trascendentes, recordaremos que, a nivel competencial, el art. 89 CP dispone que la expulsión se adoptará por jueces y tribunales, bien en sentencia, o bien durante la ejecución. Así podrán acordarla los Juzgados de lo Penal, los Juzgados Centrales de lo Penal, las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional, el Tribunal del Jurado y los Juzgados de Instrucción cuando dicten sentencias de conformidad en los juicios rápidos; además,



tendrán competencia para decretar la expulsión los tribunales *ad quem* que resuelvan recursos devolutivos cuando procedan al dictado de sentencias condenatorias o, incluso, el TS cuando conozca del recurso de casación.

#### **a) Legitimación**

La primera cuestión que debemos resolver es la relativa a si la decisión del Juez de sustituir la pena de prisión por la expulsión precisa de una previa petición de alguna de las partes, o si, por el contrario, puede ser acordada de oficio por el propio Juez.

Si acudimos al tenor literal del art. 89 CP (las penas de prisión [...] serán sustituidas por su expulsión) observamos que impone la expulsión al juzgador de forma imperativa para todo extranjero que sea condenado por la comisión de un delito a una pena de prisión de más de un año, salvo que atendiendo a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España dicha expulsión resulte desproporcionada. No cabe duda, por tanto, que el juzgador deberá obligatoriamente pronunciarse sobre la expulsión siempre que exista un pronunciamiento condenatorio para el imputado extranjero incluido en los parámetros del art. 89 CP.

Encontramos abundante jurisprudencia que considera que la sustitución de la pena de prisión por expulsión precisa de una previa petición, bien del Ministerio Fiscal, de la acusación personada o de la defensa.

Así, por ejemplo, la STS de 30 de abril de 2009, que dice: “Todas las Sentencias de esta Sala declaran la necesidad de que medie petición de la medida por alguna de las partes personadas para que pueda sustituirse la prisión por la expulsión. Así la Sentencia 1099/2006 de 13 de noviembre (RJ 2006, 7145), declara que: “la medida de expulsión ha de pedirse por la acusación o defensa, ha de oírse a la parte contraria, ha de someterse a debate contradictorio, ha de resolverse en la Sentencia que ha de dictarse tras el Juicio Oral correspondiente y finalmente cabrá contra ella el oportuno recurso devolutivo de apelación o casación”. En el sentido de exigir la previa petición de parte con el correspondiente debate contradictorio, también las Sentencias citadas en el recurso de 23 de noviembre (RJ 2006, 7145) y 1 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 78), y 20 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1323)”<sup>83</sup>; o la STS de 29 de junio de 2012 que alega que “la medida sustitutiva prevista en el artículo 89.1º del Código Penal sólo puede ser

---

<sup>83</sup> STS, Sala 2ª, núm. 498/2009, de 30 de abril, RJ\2009\3487.

aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso”<sup>84</sup>. En el mismo sentido el ATS 26 de septiembre de 2013 dice que: “la medida sustitutiva prevista en el artículo 89.1º del Código Penal sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso”<sup>85</sup>.

Estas sentencias hacen referencia a la necesidad de la previa petición de la expulsión sustitutiva a instancia de parte, ligándola al principio de contradicción o de audiencia; sin embargo, es claro que el precepto obliga al juez o tribunal a pronunciarse sobre la expulsión, sustituyendo totalmente la pena o, en su caso, ordenando el cumplimiento de una parte, salvo que no proceda por razones de proporcionalidad.

En este sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, considera que el criterio general, “es la expulsión, como últimamente subraya clarificadoramente el Tribunal Supremo, incluso subrayando que no se supedita a la previa petición del Fiscal, y sin que ello entrañe vulneración del principio acusatorio desde el punto y hora que es consecuencia legal preceptiva alternativa, y que además es menos onerosa que una privación de libertad –SStS 273/2009, de 25 de marzo, y 165/2009, de 19 de febrero–”<sup>86</sup>.

La STS de 25 de marzo de 2009 refiere el carácter imperativo de la sustitución, así como el carácter preceptivo de la audiencia al Ministerio Fiscal, “siendo de resaltar que no parece que se le exija la petición contradictoria y por el contrario, ese carácter imperativo parece atribuirle al tribunal una cierta intervención de oficio”<sup>87</sup>.

La STS de 19 de febrero de 2009 se decanta por la posibilidad de su adopción de oficio; según el TS “la cuestión se reduce a dos aspectos de un mismo asunto. De un lado si es precisa la previa petición del Ministerio Fiscal. Y de otro si el Tribunal ha infringido su posición de neutralidad al suscitar la imposición de una medida de seguridad no propuesta por las acusaciones”. En cuanto a la primera de las cuestiones, entiende que “el principio acusatorio no impide imponer pena menos grave, aun cuando sea distinta de la que la acusación interesó. Así, en los casos de penas alternativas, la

---

<sup>84</sup> STS, Sala 2ª, núm. 588/2012, de 29 de junio, JR\2012\7071.

<sup>85</sup> ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 1670/2013, de 26 de septiembre, JUR\2013\316246. En el mismo sentido Auto núm. 1568/2013, de 27 de junio, JUR\2013\306605.

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010” *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 24, julio 2010, pág. 26.

<sup>87</sup> STS, Sala 2ª, núm. 273/2009, de 25 de marzo, RJ\2009\2376.

acusación puede solicitar la pena privativa de libertad, pero ello no impide la imposición de la pena alternativa de multa. Igualmente, la sustitución prevista en el artículo 88 puede ser acordada por el Tribunal solo previa la audiencia de las partes, y el artículo 77.2, ambos del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), obliga a la sustitución en los casos que contempla. En ninguno de ellos es precisa la previa petición de la acusación”. Consecuencia de esta argumentación, puesto que la expulsión, que no viene considerada ni siquiera como una pena sino como una medida de seguridad (art. 96.3.2ª CP), resulta de menor gravedad objetiva que la pena de privación de libertad, no vulneraría el principio acusatorio su imposición en sustitución de aquella, pese a que ni el Ministerio Fiscal ni ninguna de las partes lo hubieran petitionado; la sentencia insiste en que “el tenor literal de la ley contempla la sustitución de la pena por la expulsión como la regla general exigiendo exclusivamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo cual es coherente con las previsiones que, para otras sustituciones de la pena impuesta, prevé el artículo 88 del Código Penal”. Respecto a la segunda cuestión, alega: “En cuanto a la posibilidad de que el Tribunal haya perdido su posición de neutralidad, es de tener en cuenta que la sustitución está prevista por la ley como la solución generalmente aplicable, y que la medida de seguridad es de gravedad inferior a la pena privativa de libertad, aunque sus efectos sean considerables. Dicho de otra forma, el Tribunal se limita a sustituir según la ley una pena privativa de libertad solicitada por la acusación, que además es procedente, por una medida de seguridad de inferior gravedad, en cuanto que solo causa una restricción de aquella”<sup>88</sup>.

Por contra, más recientemente, el TS en su sentencia de 3 de junio de 2016, visto que el Ministerio Fiscal sólo solicitó la pena de prisión para el acusado y que, no obstante, el Tribunal sentenciador acordó de oficio e inaudita parte la sustitución de la pena por la expulsión del territorio español, una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, concluye que “como consecuencia del respeto al principio acusatorio, el Juez o Tribunal no puede excederse de los términos del debate que, si en relación al hecho enjuiciado se contraen al hecho descrito por la acusación, en relación a sus consecuencias punitivas debe de someterse a igual contención y en concreto no puede imponer una medida de seguridad, prevista en la Ley, pero con excepciones a su imposición obligatoria, por lo que su adopción por el Tribunal de oficio rompe la homogeneidad entre la acusación y la sentencia y la falta de congruencia entre la pena

---

<sup>88</sup> STS, Sala 2ª, núm. 165/2009, de 19 de febrero, RJ\2009\1776.

pedida y la respuesta el Tribunal que además de la pena, acuerda una medida de seguridad de expulsión que puede tener una relevancia constitucional por sus consecuencias, y que en todo caso sobre no cumplir los requisitos y presupuestos legales para su adopción constituye una vulneración del principio acusatorio causante de indefensión para la recurrente”<sup>89</sup>.

Para TOMÉ GARCÍA, la sustitución de oficio “podría vulnerar el principio acusatorio y el derecho de defensa y contradicción de las partes, en particular en aquellos casos en los que la medida de expulsión pudiera considerarse más gravosa para el extranjero condenado que el cumplimiento de la condena aquí en España”<sup>90</sup>; y GONZÁLEZ CAMPO, considera “necesaria la instancia de parte –acusadora o defensa– para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la expulsión, invocándose la vigencia respecto de la misma del principio acusatorio en las SSTS 1099/2016, de 13 de noviembre, 1177/2006, de 1 de diciembre, 1231/2006, de 23 de noviembre y 125/2008, de 20 de febrero, entre otras”<sup>91</sup>. En el mismo sentido BOZA MARTÍNEZ, mantiene que “la sustitución no puede ser apreciada de oficio por el Tribunal sino que se requiere la solicitud expresa de las acusaciones. Someter la imposición de este sustitutivo penal a las exigencias derivadas del principio acusatorio se configura como la fórmula más adecuada para garantizar la realización del juicio de proporcionalidad que exige el apartado 4 del art. 89 CP”<sup>92</sup>.

En contra se posicionan COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, diciendo que “en definitiva, partiendo de que la regla general es la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión y que, en todo caso, el Tribunal deberá tomar una decisión optando por tal regla o por su excepción, lo trascendente es en todo caso la posibilidad de debate contradictorio excluyente de la indefensión, suscitando por las partes o incluso por el Tribunal oyendo al interesado, a la defensa y al fiscal, y dando lugar a la proposición y práctica de pruebas si resultan pertinentes”<sup>93</sup>; y MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, que entienden que “lo trascendente es en todo caso la posibilidad de debate contradictorio excluyente de la indefensión, suscitado por las

---

<sup>89</sup> STS, Sala 2ª, núm. 483/2016, de 3 de junio, RJ\2016\2747.

<sup>90</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., “Sustitución de las penas...”, pág. 150.

<sup>91</sup> GONZÁLEZ CAMPO, E., “La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular”, Cuadernos Digitales de Formación, n° 49, CGPJ, 2010, pág. 23.

<sup>92</sup> BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras...*, pág. 314.

<sup>93</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal: evolución jurisprudencial y reforma del Código Penal”, en *Tratamiento penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios*, Cuadernos Digitales de Formación, n° 16, CGPJ, 2010, pág. 17.

partes, o incluso por el tribunal oyendo a la defensa, al Ministerio Fiscal o resto de partes en la causa, y dando lugar a la proposición y práctica de pruebas si fueran pertinentes”<sup>94</sup>.

Como señala RECIO JUÁREZ, “si bien lo usual y aconsejable será que la sustitución sea solicitada por el Ministerio Fiscal, acusación particular o, en su caso, por la defensa, no parece existir un claro motivo que prohíba al órgano judicial acordar de oficio la medida previa audiencia de las partes, ya que la sustitución de la pena acordada por el órgano judicial, siempre que quede garantizado el principio de defensa, en realidad no vulneraría el principio acusatorio”<sup>95</sup>. En el mismo sentido ARIAS SENSO, recuerda que aunque “normalmente será solicitada por el Ministerio Fiscal en sus escritos de conclusiones provisionales o definitivas, puesto que de todos modos el Fiscal ha de ser oído. La ley no establece una vinculación con el principio acusatorio”<sup>96</sup>.

En cualquier caso, pensamos que el juez o tribunal deberá plantear en el acto del juicio oral la posibilidad de sustituir la pena de prisión por expulsión, cuando las partes no lo hayan interesado, que deberán pronunciarse entonces al respecto. Para evitar la indefensión de las partes por la introducción sorpresiva del debate, el juez o tribunal habrá de darles la oportunidad, no solo de alegar lo que a su derecho convenga, sino de hacer efectivo el derecho de defensa dando posibilidad de proponer o aportar las pruebas que se consideren relevantes, lo que podrá provocar la suspensión de la vista, vía art. 788.4 LECR, o bien diferir la resolución a momento posterior conforme prevé el art. 89.3 CP.

Pero, ¿cuál es el momento procesal oportuno para las partes solicitar la expulsión sustitutiva? La STS de 8 de julio de 2004 afirma expresamente que: “lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada”.

Es claro, pues, que la solicitud se hará en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o de las acusaciones, permitiendo de esta manera que el encausado pueda

---

<sup>94</sup> MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, Ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2010, pág. 194.

<sup>95</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 176.

<sup>96</sup> ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros...”, pág. 5.

contestar en su escrito de defensa y en el juicio posterior lo que considere oportuno al respecto, articulando los medios de prueba que a su interés convenga.

No cabe duda de que la defensa está también legitimada para solicitar la expulsión sustitutiva cuando le resulte más beneficiosa.

En este sentido se pronuncia la Circular 7/2015 de la FGE, exigiendo que: “Como norma general, el Fiscal fijará su posición en el escrito de calificación provisional con el fin de facilitar la defensa contradictoria del acusado. En la conclusión primera –no en el encabezamiento- hará constar junto a los datos de filiación del acusado, su nacionalidad y su situación de residencia, legal o ilegal y cuantos elementos, fácticos y jurídicos –p.ej., resoluciones administrativas que definan su estatuto jurídico- puedan ser de interés relevante para valorar su situación.

En la conclusión quinta se incluirá la petición expresa de que la pena o penas solicitadas se sustituyan por expulsión del territorio nacional, con especificación del alcance que habrá de tener la medida –total o parcial, y en este caso porción de la pena que habrá de cumplir-.

También solicitará que se acuerde la expulsión cuando el penado sea clasificado en tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, a los efectos de que en la sentencia –o auto posterior- conste expresamente que se ha adoptado tal decisión.

Si el Fiscal estima que no es procedente la expulsión, lo indicará también de forma expresa en la conclusión quinta. Si el motivo radica en la posible desproporción de la medida por arraigo del acusado las circunstancias y elementos en los que se sustenta tal juicio deberán ser someramente indicados en la conclusión primera”.

Además el Fiscal debe pronunciarse en el mismo escrito de calificación provisional sobre la cautela aplicable al caso. En consecuencia, instará el ingreso del extranjero en Centro Penitenciario, o, alternativamente, el ingreso en CIE en los términos del art. 89.1,8 CP, salvo que considere oportuno otorgar un plazo de cumplimiento voluntario, con sucinta justificación de su decisión.

Por último, también deberá solicitar en la conclusión quinta del correspondiente escrito de acusación, que se imponga al acusado una prohibición de regreso a España de entre cinco y diez años a contar desde la fecha en que la expulsión se materialice (art. 89.5 CP).

Si la expulsión sustitutiva no se hubiera solicitado en los escritos de acusación, entendemos que se podría interesar en los informes y conclusiones definitivas previstos en los arts. 734 y 788.3 LECR.

#### **b) Tramitación: audiencia del penado**

La necesidad de audiencia previa al penado, presente en la redacción original del art. 89 CP, desapareció en la redacción dada por LO 11/2003, como consecuencia de la imperatividad de la expulsión impuesta por dicha LO. No obstante, la conocida STS 901/2004, siguiendo la doctrina constitucional, vino a establecer la necesidad de una lectura constitucional del precepto, “exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que puedan entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión”, concluyendo que, “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”<sup>97</sup>.

En este sentido se había pronunciado el TC, en relación a la LO 7/1985, en su Sentencia de 27 de julio de 1994, diciendo que: “Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación [...] que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, [...], pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto

---

<sup>97</sup> STS, Sala 2ª, núm. 901/2004, de 8 de julio, RJ\2004\4291.

no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del art. 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto). Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 PIDCP)”<sup>98</sup>.

La LO 5/2010, introdujo en el art. 89, expresamente, la necesidad de la previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, sobre el pronunciamiento relativo a la expulsión del condenado extranjero, tanto cuando la sustitución se acordara en la sentencia, como cuando se hiciera en auto motivado posterior.

Sin embargo, el art. 89 CP sólo prevé expresamente la previa audiencia al Fiscal y demás partes sobre la concesión o no de la sustitución cuando no haya resultado posible resolver en sentencia, en cuyo caso, “una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”. Entendemos que lo hace así porque se sobreentiende que el asunto se habrá discutido en el juicio oral.

Así pues, cuando se haya solicitado por la acusación o la defensa la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del extranjero del territorio español, éste tendrá derecho a ser oído, oponerse a tal pretensión y ejercer el derecho a la prueba, que tendrá lugar en el trámite de juicio oral; como dice la STS de 1 de diciembre de 2006, “el derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas y que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba”<sup>99</sup>.

Para GARCÍA SAN MARTÍN, en el caso de resolverse la sustitución en la misma sentencia, “en las sesiones de juicio oral o a su finalización habrá de darse traslado al reo, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas para que se pronuncien sobre la oportunidad o inoportunidad de la sustitución, todo ello de

---

<sup>98</sup> STC, Sala 1ª, núm. 242/1994, de 20 de julio, RTC\1994\242.

<sup>99</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1177/2006, de 1 de diciembre, RJ\2007\78.



conformidad con la doctrina constitucional reiterada, por la que se establece la necesidad de oír previamente al penado para proceder a sustituir la pena impuesta por la expulsión, sin que sea suficiente el derecho a la última palabra (SSTC 242/1994, de 20 de julio, ó 203/1997, de 25 de noviembre)”<sup>100</sup>. En este mismo sentido se postula LEGANÉS GÓMEZ, quien sostiene que “el trámite de audiencia debe entenderse vigente y que, para el supuesto de que se decrete en sentencia, la cuestión deberá ser objeto de contradicción en el acto del plenario y el acusado deberá pronunciarse sobre la posibilidad de su expulsión, caso de resultar condenado”<sup>101</sup>.

Sin embargo, es evidente que pueden surgir imponderables que impidan la práctica adecuada durante el plenario de la prueba de hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión a pesar de haber sido alegados pertinentemente por cualquiera de las partes. Esta posibilidad comúnmente se producirá en los juicios celebrados en ausencia del acusado, o cuando se tramitan en el propio servicio de guardia (juicio rápido).

En este caso, la AP de Barcelona, en su Sentencia de 18 de septiembre de 2009, ha entendido que: “si bien es cierto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando que resulta imprescindible el trámite de audiencia, no lo es menos que ello debe interpretarse en el sentido de dar al acusado la posibilidad de ser oído, lo que ha ocurrido en el presente caso en que el acusado consta citado al acto del juicio oral y conocía que el Ministerio Fiscal solicitaba su expulsión del territorio nacional. Aceptar que la celebración del juicio en ausencia impide acordar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional en supuestos como el enjuiciado, llevaría a hacer de peor condición a los imputados que respondiendo a la citación acuden a los señalamientos, frente a los que deciden no hacerlo, es más, podría favorecer que aquellos acusados que temen ser condenados decidieran no comparecer para así evitar la expulsión, pudiendo llegarse al extremo de tener que decretar el ingreso en prisión hasta la celebración del juicio en supuestos de penas inferiores a dos años que permiten celebrar el juicio en ausencia, para así asegurar que pueda celebrarse el trámite de audiencia”<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, pág. 164.

<sup>101</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados...”, pág. 9.

<sup>102</sup> SAP de Barcelona, Sec. 3ª, núm. 796/2009, de 18 de septiembre, JUR\2009\461645.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Las Palmas de 23 de noviembre de 2015, que dice: “en el presente caso, como viene a razonar el Juez *a quo*, no se puede obviar que la petición de expulsión se formuló en las conclusiones provisionales, habiéndose permitido así al acusado y a su defensa realizar una contradicción efectiva, ya efectuando las alegaciones que considerasen oportunas, ya articulando pruebas, por lo que el trámite de audiencia exigido por la doctrina jurisprudencial se podría decir que, efectivamente, habría quedado cumplimentado, sin que para esa cumplimentación sea imprescindible la comparecencia personal del acusado cuando, como ha sido el caso, se ha celebrado el juicio en su ausencia, de conformidad con las previsiones legales. A este respecto, si dentro del procedimiento abreviado (a cuyas normas se remite la regulación de los Juicios Rápidos por Delito) se autoriza la celebración del juicio en ausencia del acusado con la eventualidad de un posible fallo condenatorio, es porque mediante su citación se le ha dado la posibilidad de ser oído y de poder defenderse. Con igual motivo cabe resolver sobre su expulsión, cuando también se le ha dado la misma posibilidad de ser oído, posibilidad que con su conducta, al no comparecer voluntariamente al llamamiento judicial, ha renunciado a ejercitar. La audiencia del penado exigida en el artículo 89 del Código penal se cumple, pues, con la posibilidad de que tal audiencia se celebre, no pudiendo condicionarse la aplicación de la expulsión de la incomparecencia voluntaria del acusado al juicio oral, como ha confirmado el Tribunal Constitucional”<sup>103</sup>.

A este respecto la FGE en su Circular 5/2011, señalaba que: “Cuando por cualquier circunstancia existieran dudas sobre el efectivo conocimiento por el inculcado de la pretensión de expulsión, y fuera procedente la celebración del juicio en ausencia del acusado, la práctica de la audiencia previa se verificará de la forma prevista en el párrafo segundo del art. 89.1CP” -en su antigua redacción-, es decir, “en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”.

Así pues, en estos casos, entendemos que será necesario que el Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia ordene la apertura de un incidente en la ejecutoria, en el que tras ser oído el penado, el Ministerio Fiscal y en caso de haberlas, las demás partes personadas, decida lo que proceda mediante auto.

---

<sup>103</sup> SAP de Las Palmas, Sec. 1ª, núm. 272/2015, de 23 de noviembre, JUR\2016\23931.

### **c) Resolución**

Dispone el art. 89.3 CP, en su redacción dada por LO 1/2015, que el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

Al haberse extendido el ámbito subjetivo de aplicación a todos los extranjeros han desaparecido muchos de los obstáculos que imposibilitaban una decisión en el momento de dictarse la sentencia, pues toda la problemática relativa a la prueba de la residencia regular o irregular del extranjero ha desaparecido.

Es claro, pues, que si el juez o tribunal cuenta con los elementos de juicio suficientes para formar criterio, resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena impuesta al encausado extranjero por su expulsión del territorio español; en caso contrario, una vez declarada la firmeza de la sentencia, será el tribunal funcionalmente competente para la ejecución de la sentencia quien, previa audiencia del Fiscal y demás partes, se pronuncie, con la mayor urgencia y, en todo caso, antes de ordenar su ejecución, sobre la sustitución de la pena impuesta.

Hay que tener en cuenta, también, los casos de la sustitución parcial, en los que la materialización de la expulsión se producirá muy posteriormente a la firmeza de la sentencia, y habrá que tener en cuenta el cambio de circunstancias en el penado al momento de ejecutarse la expulsión. Por ello, la STS de 28 de septiembre de 2009 criticaba que la expulsión sustitutiva parcial pudiera adoptarse en sentencia, ya que “si partimos de la premisa de que la sustitución punitiva se ha de llevar a cabo una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o cuando el penado ha accedido al periodo de libertad condicional, resulta claro que lo habitual será que hayan transcurrido unos años de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando se proceda a ejecutar la expulsión. Por lo cual, lo más probable es que, llegado el momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social hayan perdurado en el tiempo. Ello quiere decir que la fase de sentencia no es la más indicada para adoptar una medida que se va a aplicar transcurridos unos años y cuando muy probablemente ya no permanecen vigentes los

datos objetivos con que se ha operado en el momento de acordarse la medida en sentencia”<sup>104</sup>. Es decir, para el TS resultaría más lógico que, en vez de aplicar la sustitución parcial en sentencia, se acordase en trámite de ejecución de sentencia, a fin de valorar las circunstancias personales reales del penado en el momento de ejecutar la expulsión.

La resolución judicial en la que se decida o no la sustitución, sea la sentencia o sea el auto posterior, deberá ser motivada. Así lo ha puesto de manifiesto el TS en repetidas sentencias y así lo expresa en la de 11 de octubre de 2005: “Esta Sala en repetidas sentencias, desde la núm. 901/2004 de 8 de julio (RJ 2004, 42), seguida por las de 1249/2004 de 28 de octubre (RJ 2004, 7050) y 1546/2004 de 21 de diciembre (RJ 2004, 8219), tiene declarado que el art. 89 del Código Penal debe ser aplicado tras el imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego, y por tanto con una motivación individualizada a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, y muy singularmente desde una perspectiva constitucional a la vista de la colisión con bienes jurídicos que pudieran ser más relevantes que los meramente defensistas, y ello ya se valore la expulsión en clave negativa para el condenado –como se hacía en la sentencia de 901/2004 de 8 de julio–, como en clave positiva para el condenado con el fin de evitar –en tal caso–, el sentimiento de impunidad ante la primera comisión del delito que pudiera suponer su expulsión sin complemento de penas”<sup>105</sup>.

Más recientemente, la STS de 4 de junio de 2010, sostiene: “hay que recordar cómo esta Sala, en reiteradas Resoluciones (SSTS de 8 de Julio de 2004 (RJ 2004, 4291), 24 de Octubre de 2005, 24 de Julio de 2006 (RJ 2006, 6086), 25 de enero (RJ 2007, 258) y 18 de Julio de 2007 (RJ 2007, 5166), entre otras) ha afirmado el criterio de que no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva prevista en el artículo 89.1º del Código Penal sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno

---

<sup>104</sup> STS, Sala 2ª, núm. 949/2009, de 28 de septiembre, RJ\2009\7438.

<sup>105</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1162/2005, de 11 de octubre, RJ\2005\9955.

debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso”<sup>106</sup>.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, reiterada en multitud de sentencias del Tribunal Constitucional, se acrecienta cuando se pone en conexión con otros derechos fundamentales, en especial cuando puedan afectar a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; así sucede en la resolución que acuerda la no sustitución de la ejecución de la pena por expulsión, que podrá determinar el ingreso en prisión del penado. En este sentido, la STC de 25 de noviembre de 1997, afirma: “debe tenerse en cuenta que las exigencias de motivación que deben revestir las resoluciones ex art. 24.1 CE se ven reforzadas, tanto cuando este derecho a la tutela judicial se pone «en conexión» con otro derecho fundamental (STC 154/1995, fundamento jurídico 3.º), como cuando se trata de resoluciones que afectan «de alguna manera a la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico» (STC 81/1987 [RTC 1987\81], fundamento jurídico 4.º, en términos concordantes con lo expuesto en las SSTC 112/1996 [RTC 1996\112] y 2/1997 [RTC 1997\2]). Hemos de declarar, pues, a estos efectos, ante la denegación de una solicitud de expulsión fundada en el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que, dado que «la situación de prisión supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las "razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión", (STC 14/1991 [RTC 1991\14], fundamento jurídico 2.º, entre otras), sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en que la Constitución permite la afectación de ese valor superior» (fundamento jurídico 3º, B)”<sup>107</sup>.

En todo caso, la resolución que acuerda la sustitución de la pena por expulsión indicará el plazo durante el cual el extranjero no podrá regresar a España, y que, conforme a lo dispuesto el art. 89.5 CP, será de cinco a diez años. Para fijarlo, el juez o tribunal atenderá a la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del

---

<sup>106</sup> STS, Sala 2ª, núm. 531/2010, de 4 de junio, RJ\2010\6640.

<sup>107</sup> STC, Sala 1ª, núm. 203/1997, de 25 de noviembre, RTC\1997\203.

penado. Por regla general el Fiscal suele seguir la siguiente escala de medición en su petición: hasta dos años de prisión, cinco años de prohibición de regreso; a partir de dos años de prisión hasta cinco años, un plazo de prohibición de regreso de entre seis y nueve años; penas de prisión de más de cinco años, una prohibición de regreso de diez años.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de prohibición de regreso a España, será la fecha en que se materializa la expulsión y no la fecha de la resolución que lo acuerda.

Por otro lado, como recuerda la Circular 7/2015 de la FGE, “la resolución judicial que acuerda la expulsión no es inamovible, porque si una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la expulsión de un extranjero es que no resulte desproporcionada, las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar”.

Es claro que la ejecución de la expulsión se puede demorar debido al tiempo invertido en el cumplimiento de la pena de prisión, cuando la sustitución es parcial, o debido a que la sentencia ha exigido el cumplimiento de la totalidad de la pena, pero no ha excluido la operatividad de la expulsión por ministerio de la ley. En estos casos, llegado el momento de materializar la expulsión, cuando se acrediten circunstancias sobrevenidas con posterioridad, que supongan una situación de arraigo del extranjero en España, se abriría la posibilidad de plantear un incidente en la ejecutoria con la finalidad de dejar sin efecto la expulsión acordada en sentencia.

No hay que olvidar que en el caso de los ciudadanos de la UE, la revisión es obligatoria en virtud del art. 33.2 de la Directiva 2004/38/CE, que dispone que “cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 (como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad) vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”. La Circular 7/2015 de la FGE entiende que esta reconsideración de la decisión judicial de expulsión debe ser también la regla a seguir para el resto de extranjeros condenados, por “razones que cabe extraer de la doctrina del TEDH, que subraya la importancia que el transcurso del tiempo puede tener en la decisión o en el cumplimiento de una orden de expulsión. A

ello obedece, por ejemplo, que el TEDH exija que la valoración del comportamiento observado por el extranjero desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), o la toma en consideración del tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH 18 de febrero de 1991, Moustaquim contra Bélgica)”.

Concluye la Circular que: “Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado.

Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada”.

#### **d) Recursos**

Lógicamente, cuando se haya acordado la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español en la propia sentencia condenatoria, quedará sujeta al régimen general de recursos previsto para ésta, es decir, recurso de apelación y ulterior casación –si procede–, por cualquiera de las partes.

Así, serán recurribles en apelación las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal, ante la Audiencia Provincial correspondiente, y las del Juez Central de lo Penal, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia (art. 790 LECR).

También serán recurribles en apelación las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 846 bis a LECR); y, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

en primera instancia, ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia (art. 846 ter LECR, en su redacción dada por Ley 41/2015).

Y, conforme a lo dispuesto en el art. 847 LECR, en su redacción dada por Ley 41/2015, procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; y las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849<sup>108</sup> contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Pero, ¿qué clase de recursos podrán ser interpuestos cuando la resolución en la que se acuerde la sustitución sea un auto?

El Tribunal Supremo se pronunció de forma explícita sobre esta cuestión en su sentencia de 8 de abril de 2008, en relación al art. 89 CP en su redacción dada por LO 11/2003. El recurso de casación fue interpuesto por el condenado solicitando la sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión, respecto de la cual no existía pronunciamiento alguno en la sentencia impugnada. Sostiene el Alto Tribunal que el recurso debe desestimarse, “sin perjuicio de que, en el trámite de ejecución de la Sentencia condenatoria se solicite la medida sustitutoria y allí, tras la oportuna y necesaria audiencia del Fiscal precedentemente obviada, la Audiencia se pronuncie razonando adecuadamente su decisión, con renovada posibilidad de Recurso de Casación contra su acuerdo, habida cuenta de que nos hallamos en presencia de un pronunciamiento que, «ex» artículo 89 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), puede ser considerado como integrante de la propia Resolución condenatoria y así podría haberlo sido con plena eficacia en el caso de haberse cumplido debidamente con los requisitos establecidos por la Ley y por esta misma Sala como

---

<sup>108</sup> Art. 849.1 LECR: Cuando, dado los hechos que se declaren probados en la resolución recurrida, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.



necesarios para decidir acerca de la expulsión”<sup>109</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 531/2010, de 4 de junio, (RJ\2010\6640).

A este respecto, la Circular 7/2015 de la FGE mantiene que: “Los autos dictados en este trámite serán recurribles en apelación (arts. 790 a 792 y 846 ter LECrim [conforme a la Ley 41/2015]), siguiendo la doctrina de la STS nº 531/2010, de 4 de junio que considera estos pronunciamientos parte integrante de la propia resolución condenatoria”.

## **6. Efectos de la expulsión**

El efecto directo de la medida de expulsión consiste en la salida forzosa del territorio nacional del penado extranjero. Se trata de una limitación a su libertad de circulación y residencia no solo en España, sino también en territorio de la UE.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (Art. 89.5 CP).

El art. 58.1 y 2 LOEX, dispone que:

“1. La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años.

2. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años”.

Se debe tener en cuenta que la expulsión no sólo comporta que el extranjero debe abandonar nuestro territorio nacional, si se trata de un ciudadano no comunitario, también podrá afectar al territorio de la UE, en virtud del art. 77 y 79 TFUE y art. 96 CAAS, que establecen, como uno de los supuestos de no admisibilidad en el espacio Schengen de ciudadanos nacionales de terceros Estados ajenos a la UE, el hecho de que el extranjero hubiera sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión, que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, residencia.

---

<sup>109</sup> STS, Sala 2ª, núm. 148/2008, de 8 de abril, RJ\2008\3573.

Así, la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen. En la actualidad forman parte del territorio de Schengen los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, que tiene por objeto permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, y que ha sido traspuesta a la legislación española por LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

Para llevarse a efecto esta prohibición, la Dirección General de la Policía (SIRENE) incluirá al extranjero expulsado en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen (SIS).

El Sistema de Información de Schengen (SIS) viene regulado en el Título IV del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1985, en los artículos 92 y ss., y tiene como objeto preservar el orden y la seguridad públicos, incluida la seguridad del Estado, y la aplicación de las disposiciones del Convenio sobre la circulación de personas por los territorios de las partes contratantes, con la ayuda de la información transmitida por dicho sistema (Art. 93).

El Art. 96 de dicho Convenio dispone que: “Los datos relativos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles se introducirán sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes.

2. Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional.

Éste podrá ser particularmente el caso:

a) de un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo;

b) de un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante.

3. Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros”.

Ejecutada la medida de expulsión, se procederá al archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (Art. 89.6 CP). Y aunque no se mencione expresamente, la autorización previamente concedida quedará extinguida, es decir, que el extranjero condenado perderá su estatus de residente legal.

En el mismo sentido se expresa el art. 57.4 LOEX: “La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado”.

Como es obvio, siempre y cuando el extranjero no regrese durante el período de prohibición a España, la expulsión extinguirá la pena de prisión impuesta, ya íntegra o que reste por cumplir, según la modalidad sustitutiva aplicada.

#### **a) Materialización de la expulsión, por sustitución de la totalidad de la pena**

Cuando se haya acordado la sustitución de la totalidad de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, ésta se materializará una vez que la sentencia en la que se acuerde sea firme. Su ejecución corresponde al juez o tribunal sentenciador, o al funcionalmente competente para la ejecución de la sentencia; para ello, conforme a la Disposición Adicional 17ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, se valdrán del auxilio de la autoridad gubernativa, a la que comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional.

El art. 89.8 del CP dispone que, cuando al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

Así pues, el aseguramiento de la persona del penado extranjero a los efectos de que no eluda el cumplimiento de la expulsión judicial puede efectuarse mediante su privación de libertad en dos modalidades, penitenciaria o en Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE).

Cuando el condenado se encuentre en situación de prisión provisional, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.

Así, el juzgado o tribunal debe expedir dos comunicaciones: por un lado, un mandamiento de prisión dirigido al Director del Centro Penitenciario donde se encuentre ingresado el penado extranjero, adjuntando el testimonio de la sentencia, para el cumplimiento de la pena de prisión originariamente impuesta, hasta tanto sea entregado a funcionarios de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras encargados de materializar la expulsión; y por otro, un oficio dirigido a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del lugar donde se encuentre en Centro Penitenciario, a los efectos de que hagan efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial. En este caso debe considerarse como día de inicio del cómputo de los treinta días el día de recepción del mandamiento de prisión en el Centro Penitenciario

Cuando el condenado extranjero se encuentre en libertad provisional, el juez o tribunal podrá optar entre ordenar su ingreso en un CIE para asegurar la ejecución de la expulsión, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa, o bien ordenar su ingreso en prisión en ejecución de la pena impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.

Parece lógico entender que el juez o tribunal ordenará el ingreso en prisión del condenado cuando la ejecución de la pena de prisión impuesta no podría ser suspendida como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 80 CP, es decir, cuando la pena impuesta sea superior a dos años de prisión. En este caso, adoptará sin dilación las medidas necesarias para el ingreso en prisión del penado, bien de manera voluntaria en el plazo que se determine, bien ordenando a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado su detención; una vez ingresado en el Centro Penitenciario el órgano judicial actuará igual que en el caso anterior, si bien, en este caso se considerará como día de inicio del cómputo de los treinta días el de ingreso del penado en el centro penitenciario.

En los demás casos, el juez o tribunal podrá acordar su ingreso en un CIE cuando resulte necesario para asegurar la ejecución de la expulsión; o bien, otorgarle un plazo, que en ningún caso podrá ser inferior a las 72 horas previstas en el art. 64.1º LOEX<sup>110</sup>, para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio español.

Esta solución le parecía especialmente recomendable a la FGE en su Circular 2/2006, “para supuestos de penas cortas que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando además el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional. El art. 28.3º LOEX parte de la admisibilidad de este procedimiento de ejecución cuando dispone que la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal”. La Circular 7/2015 de la FGE recomienda introducir un cierto grado de flexibilidad en la aplicación de estas cautelas que permita su dispensa si el penado se encuentra en libertad provisional y merece confianza, otorgándole un plazo de cumplimiento voluntario para ahorrarle los efectos más traumáticos que comporta una privación de libertad. Consecuentemente, no procederá permitir esta posibilidad de salida voluntaria cuando se detecte un comportamiento previo en el condenado que evidencie una tendencia a eludir o dificultar su salida de España.

Para determinar al plazo que el juez o tribunal deberá conceder al penado para verificar su salida de España, se podría acudir al art. 246.2 REX, que establece un plazo de siete a treinta días, plazo que RECIO JUÁREZ entiende “perfectamente aplicable a

---

<sup>110</sup> El art. 64.1 LOEX dispone que: “Expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder del período establecido en el artículo 62 de esta Ley”.

esta modalidad de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión dentro del proceso penal, y que el juez podrá modular en atención a las circunstancias de cada caso, siempre que no exista riesgo de que se eluda o dilate indebidamente su materialización, habilitando a la unidad policial de extranjería correspondiente para verificar la efectiva salida de territorio nacional del penado”<sup>111</sup>.

Si se incumple el plazo de salida voluntaria por el extranjero, el juez o tribunal podrá proceder conforme a lo dispuesto en el art. 89.8 CP acordando su detención e ingreso en prisión, o en su caso, en un CIE, donde continuará a la espera de que la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.

La decisión de ordenar el ingreso del penado en un CIE, cuando resulte necesario para asegurar la ejecución de la expulsión, deberá acordarse de manera motivada por el órgano sentenciador, que deberá emitir el correspondiente mandamiento de ingreso. En estos casos el periodo máximo de internamiento será de 60 días (art. 62.2 LOEX).

Para TOMÉ GARCÍA, “el ingreso del extranjero condenado por la comisión de delitos en un CIE no es aconsejable: [...] los CIE no son, o no deben ser, centros de carácter penitenciario; en los CIE la privación de libertad a la que se somete, o se debe someter, al interno, debe ser mucho menos estricta que en el caso de los centros penitenciarios; y, en definitiva, se estarían mezclando a extranjeros condenados por la comisión de delitos con extranjeros a los que solo se les imputa una infracción administrativa. [...] Sólo mediante el establecimiento en los CIE de módulos separados, podría en cierta medida admitirse el ingreso de “delincuentes” en los CIE”<sup>112</sup>.

Como señala RECIO JUÁREZ, “el ingreso en CIE quedará reservado a aquellos casos en que, no dándose las condiciones para que se decrete el ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena en tanto se materializa la expulsión, concurre una actitud contumaz en el extranjero –ocultación de identidad o nacionalidad, empadronamientos fraudulentos, riesgo en su posterior localización, etc.- tendente a obstaculizar la expulsión. Se trataría, por tanto, de una opción más en manos del juzgador para graduar la proporcionalidad de la privación de libertad al penado en curso de expulsión”<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 237.

<sup>112</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, Ed. Colex, Majadahonda, 2014, págs. 230 y 231.

<sup>113</sup> RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros...*, pág. 239.

El ingreso en Centros de internamiento viene regulado en el art. 62 LOEX, que dispone que incoado un expediente de expulsión, el instructor “podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal”.

La FGE, en su Circular 7/2015, estima que: “La posibilidad de ingresar a un condenado a penas de prisión en un CIE es una solución legal de la que debiera hacerse un uso restrictivo, pues los CIEs son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, como claramente advierte el artículo 62 bis LOEX, que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado en el tratamiento de convictos, y cuyo régimen normalizado de funcionamiento se ve alterado por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

Es aconsejable por ello que el ingreso en CIE sólo se acuerde para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del art. 80 CP, pues el reo que reúne tales condiciones presenta, al menos, un perfil bajo de

peligrosidad que le hace más fácilmente asimilable a las condiciones y régimen de vida de un CIE”.

Como se ha dicho, si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado.

En este caso, se abrirá un incidente en la ejecutoria, que podrán instar tanto el penado como el Ministerio Fiscal, con la finalidad de dejar sin efecto la expulsión acordada; en este acto se oirá al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere, y se resolverá por Auto lo que se estime conveniente. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

Cuando esto suceda, obviamente, se dejará sin efecto la expulsión sustitutiva acordada y el penado deberá cumplir la pena originariamente impuesta, en los términos que veremos más adelante.

#### **b) Materialización de la expulsión, por cumplimiento total o sustitución del resto de la pena**

Cuando en la sentencia se acuerde el cumplimiento total o parcial de la pena de prisión impuesta, la ejecución de la expulsión se producirá cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiere determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

En estos casos, el penado se encuentra ingresado en el Centro Penitenciario de cumplimiento, por lo que será el propio Centro Penitenciario quien comunique al juez o tribunal de ejecución la fecha en la que el penado extinga la parte de la pena que se hubiere ordenado cumplir, su progresión al tercer grado penitenciario, y a la libertad condicional, según se haya acordado en sentencia o auto posterior.



En este sentido, la Instrucción 4/2015, de 29 de junio, de II.PP. de aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código Penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo, dispone que en los Centros Penitenciarios se estará a lo acordado en la sentencia y se actuará conforme a los siguientes criterios generales:

“a) Cuando el juez o tribunal acuerde el cumplimiento de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión a la fecha de dicho cumplimiento o al acceder al tercer grado o a la libertad condicional, se actuará conforme al apartado 2.1.3º de la Instrucción 18/2005, sobre normas relativas a internos extranjeros, entendiendo que se trata tanto de penas superiores a cinco años como inferiores, y tanto del cumplimiento de las  $\frac{3}{4}$  partes como del cumplimiento de cualquier parte de la pena que se haya determinado”.

El apartado 2.1.3ª de la Instrucción 18/2005, de 21 de diciembre, dispone que cuando en la Sentencia se acuerde la expulsión al acceder el penado al tercer grado, la Junta de Tratamiento tendrá en cuenta esta previsión para, en caso de que proceda, elevar propuesta de progresión a esos efectos.

Una vez firme la clasificación en tercer grado, la Oficina de Régimen comunicará dicho extremo a la Comisaría Provincial de Policía y al Juez o Tribunal Sentenciador. Del mismo modo notificará con tres meses de antelación la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

De manera que, cuando el juez o tribunal acuerde en sentencia el cumplimiento de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión a la fecha de dicho cumplimiento, o al acceder al tercer grado, o a la libertad condicional, la Junta de Tratamiento lo tendrá en cuenta para, en caso de que proceda, elevar propuesta de progresión a tercer grado, o incoar expediente de libertad condicional, a esos efectos.

Una vez extinguida la parte de la pena acordada, o firme que sea la clasificación en tercer grado, o concedida la libertad condicional por el Juez de vigilancia penitenciaria, el Centro Penitenciario lo comunicará al juez o tribunal competente para la ejecución a los efectos de que se proceda a la materialización de la expulsión del extranjero del territorio nacional.

La resolución ordenando la ejecución de la expulsión acordada en sentencia (o auto posterior), se comunicará al Centro Penitenciario a la Brigada Provincial de Extranjería competente para llevarla a efecto en los términos expresados en el epígrafe

anterior, permaneciendo el penado ingresado en prisión hasta tanto ésta se lleve a efecto.

“b) Cuando el juez o tribunal acuerde el cumplimiento de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión a la fecha de dicho cumplimiento, sin mencionar expresamente la sustitución al tercer grado o a la concesión de la libertad condicional, para el caso de que el penado acceda con anterioridad a esa fecha a una de esas circunstancias se comunicará al juez sentenciador a los efectos oportunos”.

En este caso, entendemos, que la expulsión se tendrá que llevar a efecto, por imperativo legal, cuando el penado acceda al tercer grado, toda vez que para la concesión de la libertad condicional se requiere, también por exigencia legal, la previa clasificación en tercer grado. La libertad condicional quedará relegada a los supuestos de libertad condicional por razones humanitarias de enfermos en peligro de muerte, prevista en el art. 91.3 CP, que exime de la previa clasificación en tercer grado.

En cualquier caso, cuando hayan transcurrido más de dos años desde la firmeza de la resolución que acordaba la expulsión sustitutiva, si se acreditan circunstancias sobrevenidas, que supongan una situación de arraigo del extranjero en España, se abrirá la posibilidad de plantear un incidente en la ejecutoria, que podrán instar tanto el penado como el Ministerio Fiscal, con la finalidad de dejar sin efecto la expulsión acordada en sentencia; en este caso, el órgano judicial dará audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere, y resolverá por Auto lo que estime conveniente. Igual que en el caso anterior, este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

Si al final se acordara dejar sin efecto la expulsión sustitutiva, el penado tendrá que cumplir la pena originariamente impuesta en los términos que veremos más adelante, o del periodo de pena pendiente.

### **c) Consecuencias de la imposibilidad de ejecutar la expulsión**

Las causas por las que es imposible llevar a cabo la expulsión pueden ser de naturaleza material: negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc. Estas circunstancias deberán en todo caso ser

comunicadas por la autoridad administrativa correspondiente a la autoridad judicial que tramite la ejecutoria.

Conforme a lo dispuesto en el art. 89.8 CP, si acordada la sustitución de la pena por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

En el caso de que el condenado se encuentre ingresado en centro penitenciario, en realidad ya ha dado comienzo a la ejecución de la pena de prisión en virtud de lo dispuesto en la DA 17ª LO 19/2003, por lo que, transcurrido el plazo inicial de 30 días, y, en su caso, la prórroga judicial de otros 30, se continuará con la misma, previo dictado de un Auto declarando la imposibilidad de efectuar la expulsión y acordando la ejecución de la pena.

Cuando se haya procedido al ingreso del condenado en un CIE, transcurridos los 60 días de plazo máximo de internamiento para materializar la expulsión sin haberlo conseguido, entendemos que habrá que proceder a ejecutar la pena originariamente impuesta, en este caso, el juez o tribunal dictará auto declarando la imposibilidad de efectuar la expulsión y acordando la ejecución de la pena

Constada la imposibilidad de llevar a efecto la expulsión sustitutiva, se ejecutará la pena de prisión según el régimen ordinario, con abono del tiempo que haya estado en prisión provisional, así como los periodos que haya pasado ingresado en el CIE, en espera de la expulsión. En cuanto al tiempo transcurrido en prisión a la espera de expulsión, dado que implica el comienzo de la ejecución de la pena inicialmente impuesta, lógicamente ya se habrá tenido en cuenta para su cómputo.

El acceso de estos penado a la suspensión de la ejecución de la pena del art. 80 CP se hará conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad. No obstante, apunta la Circular 7/2015 de la FGE, “en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstruccionista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión o por la suspensión”.

Cuando el extranjero condenado tenga otros procedimientos penales pendientes de enjuiciamiento, el Juzgado o Juzgados que estuvieran conociendo de los mismos

deberán, para que la expulsión pueda llevarse a efecto, autorizar la misma conforme a lo establecido en el art. 57.7 LOEX. De no concederse tal autorización no quedará otra alternativa que la de proceder a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

El art. 57.7 LOEX dispone que: “Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior”.

Sin embargo, cuando el extranjero condenado se encontrare cumpliendo otras penas de prisión en un Centro Penitenciario, entendemos que la expulsión sólo podrá llevarse a efecto una vez cumplidas las mismas. Lo mismo sucederá cuando en la sentencia se acuerde el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta, en cuyo caso la expulsión se producirá cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiere determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

## **7. Incumplimiento de la expulsión**

Dispone el art. 89.7 CP que: “Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

La norma sigue distinguiendo dos supuestos perfectamente diferenciados de incumplimiento de la medida según que el extranjero condenado haya sido localizado dentro del territorio español o en frontera.

En el primer caso se introduce una novedad significativa pues, junto con la posibilidad de cumplir las penas que fueron sustituidas, que hemos de estimar norma general, da la opción al juez o tribunal que tramita la ejecutoria de reducir equitativamente su duración en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento -norma excepcional-.

Para la reducción de condena se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde que se produjo la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido el incumplimiento, concepto jurídico indeterminado que no contiene criterio orientativo alguno; coincidimos con la Circular 7/2015 de la FGE cuando afirma que “Lo que parece claro es que el perdón de una porción de condena exige un cumplimiento sustancial del período de prohibición de regreso. Si el extranjero vuelve a España al poco tiempo de haber sido expulsado no se hace acreedor de ninguna rebaja”.

Como señala RECIO JUÁREZ, “seguramente el legislador ha querido dar cabida a la equidad para valorar las concretas circunstancias del quebrantamiento, como criterio para evitar la exacerbación punitiva que el cumplimiento íntegro de la pena inicialmente impuesta podría suponer en algún caso, siempre y cuando se haya respetado significativamente el periodo de prohibición de regresar al territorio nacional, y, añadiríamos, el expulsado no haya sido condenado posteriormente

El art. 89.7 CP exige también valorar las circunstancias que rodean el incumplimiento, que pueden ser de la más variada naturaleza. Habremos de entender que no está justificada la reducción de condena cuando el quebrantamiento de la medida responda a móviles espurios (cometer nuevos delitos); será de aplicación, en cambio, cuando actúe movido por razones socialmente admisibles (visitar a un familiar enfermo, acudir a un entierro de un ser querido, nacimiento de un hijo, etc.).

Cuando el extranjero sea sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa, por la propia vigencia de la prohibición de entrada que sobre aquél pesa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

En la práctica, si materializada la expulsión, el extranjero aparece de nuevo en territorio español, el Ministerio Fiscal suele informar, con carácter general, desfavorablemente a la reducción de pena prevista en el art. 89.7 CP. Excepcionalmente, si se constata que el penado ha respetado en su mayor parte el tiempo de prohibición de regreso y que éste no obedece a móviles espurios, se suele informar a favor de la reducción de la pena

En cualquier caso, el incumplimiento de la medida de expulsión impuesta en sustitución de la pena de prisión se consume en el efecto específico previsto en el apartado 7 del art. 89 CP, tal y como ha quedado dicho, sin que dé lugar a la existencia de un nuevo delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP. Como señalaba la Circular 5/2011 de la FGE, “si no fuera así se llegaría al absurdo de hacer depender la existencia del delito de quebrantamiento de condena de una circunstancia aleatoria como es la de ser interceptado o no en la frontera”.

Este precepto mezcla, sin duda, fines de política criminal con fines de política de extranjería; pues cuando el penado es sorprendido en la frontera intentando entrar en España, incumpliendo la prohibición de regreso, y ante la dificultad de aplicar la previsión legal del art. 468 CP, o el cumplimiento de la pena originariamente sustituida, y con el fin de evitar la contradictoria paradoja de que precisamente la intención de incumplir la prohibición de regreso, se convierta en disculpa para permanecer en territorio español, se opta por la devolución directamente por parte de la autoridad gubernativa, sin que se precise la tramitación de expediente administrativo.

La STS de 23 de noviembre de 2006, critica duramente esta solución: “Sin embargo, dado el tenor del artículo 89.3 del Código Penal (hoy art. 89.7 CP), el legislador abandona toda pretensión de considerar el incumplimiento de la expulsión como una burla o conculcación de los delitos contra la Administración de Justicia y paraliza, de forma injustificada la previsión legal del artículo 468 sustituyéndola por una extraña e ininteligible medida gubernativa que tiene posibilidades de recurso por la vía Contencioso-Administrativa.

Resulta incomprensible que si se intenta quebrantar la orden de expulsión esquivando su cumplimiento o bien burlando la ejecución tratando de entrar de nuevo en España, la actuación no es delito sino que se trata de una infracción administrativa que tiene que ser ejecutada por la autoridad gubernativa. Es evidente que esta decisión que en el plano del quebrantamiento de condena tendría escasas posibilidades de

prosperar, en la vía administrativa abre un debate más amplio en el que se pueden manejar alegaciones que nada tienen que ver con el delito formal de quebrantamiento de condena”<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1231/2006, de 23 de noviembre, RJ\2007\436. Lo entre paréntesis es nuestro.

### **CAPÍTULO III.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Como se ha dicho, abordaremos en este capítulo el estudio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con sus diferentes variantes, es decir, la suspensión general u ordinaria, la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, la suspensión por enfermedad grave o incurable y la suspensión para drogodependientes, todas ellas reguladas en los artículos 80 a 87 CP.

#### **1. Concepto y fundamento de la institución**

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad constituye un beneficio que se concede a los delincuentes primarios condenados a penas privativas de libertad de corta duración, no superiores a dos años, de manera que si durante el tiempo de suspensión, que podrá ser de dos a cinco años, cumplen las condiciones que se les impongan, la pena se entenderá definitivamente cumplida. En caso contrario, se procederá a su cumplimiento según el régimen general.

La STC de 10 de octubre de 2005, la define diciendo que: “Se trata de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el art. 25.2 CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del *ius puniendi* renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas. La ejecución de la pena impuesta quedaría así en suspenso durante un cierto tiempo a la espera de que el condenado cumpla la condición de no delinquir de nuevo en dicho plazo. El incumplimiento de dicha condición implica automáticamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 CP, la revocación del beneficio y la consiguiente ejecución de la pena de prisión impuesta. El cumplimiento de la condición por el penado le hace, por el



contrario, acreedor de un derecho a que la pena cuya ejecución estaba en suspenso le sea remitida”<sup>115</sup>.

La finalidad principal que persigue esta institución es facilitar la resocialización del autor de un delito que haya sido condenado a una pena privativa de libertad de corta duración. Se trata de evitar que la entrada en prisión de esta persona, que por ser delincuente primario no ha tenido contacto con el ambiente carcelario, tenga un efecto contaminante para él, y se consiga un resultado contrario al que se pretendiera con la pena. O como dice la STS de 5 de julio de 2000: “el fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad radica en la finalidad de evitar el previsible “contagio criminológico” que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador”<sup>116</sup>.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1993, que dice: “La escasa duración de tales penas no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la reeducación del recluso. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en más de una ocasión. «El beneficio de la remisión condicional de la condena -se dice en nuestra STC 224/1992- viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo». «La condena condicional -se lee en la STC 165/1993- está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación»”<sup>117</sup>.

En consonancia con la doctrina constitucional, el art. 80.1 CP, dispone que los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión

---

<sup>115</sup> STC, Sala 2ª, núm. 251/2005, de 10 de octubre, RTC\2005\251.

<sup>116</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1200/2000, 5 de julio, RJ\2000\6606.

<sup>117</sup> STC, Sala 1ª, núm. 209/1993, de 28 de junio, RTC\1993\209.

futura por el penado de nuevos delitos; es decir, que la sola imposición de la pena ejerce, por su naturaleza, un efecto lo suficientemente intimidatorio sobre el penado que debe bastar para apartarlo del camino del crimen y por ello no sea necesaria la ejecución de la pena para alcanzar los fines de prevención especial.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 11 de octubre de 2012, disponía en su art. 80.1 que “los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”, lo que llevó a la Fiscalía General del Estado a afirmar que el fundamento de la suspensión “sigue siendo el de evitar el ingreso en prisión de penados que, o bien no necesitan tratamiento resocializador, por estar socialmente integrados y no representar un riesgo para la sociedad, o bien pueden recibirlo fuera del ámbito penitenciario por medio de la exigencia de cumplimiento de obligaciones, prohibiciones o medidas en régimen de libertad bajo prueba”<sup>118</sup>.

Vemos, pues, que el criterio que el art. 80 CP ofrece al tribunal para resolver sobre la suspensión de la pena, no es evitar el previsible efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, sino precisamente que con el proceso y la condena la prevención especial está cumplida, que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos.

En estos términos se pronunciaba la STC de 10 de mayo de 2000, argumentando que: “no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador”<sup>119</sup>.

Como dice GARCÍA ALBERO, “El legislador de 2015 aclara ahora el fundamento de la suspensión: *la razonable expectativa de que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*. Por tanto la suspensión se explica entera y exclusivamente en clave preventivo-especial

---

<sup>118</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 8 de enero de 2013, pág. 31.

<sup>119</sup> STC, Pleno, núm. 120/2000, de 10 de mayo, RTC\2000\120.

*negativa*. Y a la conformación de tal pronóstico se enfila, exclusivamente, la valoración de los factores que luego recoge el artículo”<sup>120</sup>.

Para SÁNCHEZ ROBERT, “la suspensión de la pena se configura, efectivamente, en un doble plano, ya que, por un lado, el legislador fija una serie de condiciones o requisitos absolutamente necesarios para que esta suspensión pueda aplicarse, y que se conectarían a la prevención general, y por otro, el juez o tribunal, deberá valorar, en un segundo plano, la aplicación de esta suspensión, ya en el caso concreto, y en orden siempre a la prevención especial, es decir, a la resocialización o rehabilitación del delincuente. Así, la suspensión de la ejecución, una vez acordada, se dirigirá a la consecución de fines de prevención especial, configurándose como una alternativa legal eficaz, adecuada a la política criminal que persigue la consecución de estos fines”<sup>121</sup>.

Para CARDENAL MONTRAVETA, el fundamento de la suspensión radica, en primer lugar, en evitar la ejecución (sobre todo, el ingreso en prisión) cuando ello no resulte necesario desde el punto de vista preventivo especial, o atendiendo a sus efectos criminógenos, debiendo tener presente que en estos casos la ejecución de la pena podría infringir el principio de proporcionalidad; a este fundamento preventivo especial suma el autor la exigencia de que la suspensión no resulte incompatible con la función de prevención general, que puede ser suficiente para justificar la ejecución de penas de hasta dos años, aunque concurren los requisitos previstos en el art. 80.2 CP. Entiende el autor que “el legislador ha dejado claro que no se puede prescindir aquí de tomar en consideración la necesidad preventiva especial de ejecución de la pena. Pero también deben valorarse los eventuales efectos criminógenos derivados de la ejecución, así como los efectos de aquella decisión desde el punto de vista de la función preventiva general de la pena, y la vigencia del principio de proporcionalidad. El legislador ni siquiera da preferencia al pronóstico sobre la necesidad de ejecutar la pena para evitar la comisión de nuevos delitos. [...] En definitiva, entendemos que la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena dependerá de cuál de las distintas opciones ofrezca el **mejor saldo preventivo global** (especial y general, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo) sin infringir el **principio de proporcionalidad** y, por lo tanto, el

---

<sup>120</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, 2015, págs. 145 y 146.

<sup>121</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M.J., “La revocación de la suspensión como efecto del incumplimiento de las condiciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 115, I, Época II, mayo 2015, pág. 233.

fundamento de la suspensión radica en que es la opción que proporciona el mejor saldo preventivo global y/o garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad”<sup>122</sup>.

La suspensión de la ejecución de la pena es una institución que se enmarca en el ámbito de la ejecución de la pena, y como tal, entendemos que debería estar regulada en una Ley procesal penal, y no en el Código Penal.

## **2. La suspensión general u ordinaria**

### **a) Ámbito de aplicación**

El Capítulo III del Libro I del Código Penal lleva por título “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, y la Sección Primera de dicho capítulo se titula “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, por lo que parece claro a primera vista que el ámbito de aplicación del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena prevista en los artículo 80 y siguientes del Código Penal, que denominamos suspensión general u ordinaria, se reduce a las penas privativas de libertad, y no a otras penas de distinta naturaleza, como son las privativas de otros derechos o la pena de multa; tampoco será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito, ni a las penas accesorias que hayan podido vincularse a la pena de prisión.

### **i. Penas privativas de libertad**

El artículo 80 CP, establece que “Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años”, y según dispone el artículo 35 CP, “son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”<sup>123</sup>. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el Código Penal”.

---

<sup>122</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 312 y 313.

<sup>123</sup> Dispone el artículo 53 CP que: “Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente”.

Así pues, éstas y no otras podrán ser objeto de suspensión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1993 señala que: “[...] el Código Penal autoriza [...] la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de ciertas penas privativas de libertad, impuestas directa o subsidiariamente, no de las medidas de seguridad ni de las cautelares materialmente idénticas, pero funcionalmente distintas (prisión preventiva), sin extenderlas a las restrictivas de derechos, si figurasen como accesorias (art. 93 y 97), aun cuando fueren impuestas como principales [...] La distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter [...] son la más palmaria justificación de que el legislador ha optado en este caso por una solución razonable, tanto y tan legítima, al menos, como sería la de extender el beneficio a toda clase de penas, si así creyera servir mejor al fin último del sistema penitenciario no solamente represivo, sino también constitucionalmente orientado a la reeducación y reinserción social (Art. 25 CE)”<sup>124</sup>.

PUENTE SEGURA considera que “esta limitación constituye un notable desacierto, siendo muestra evidente de la desconfianza o disfavor con el que nuestros textos legales contemplan todo lo que sea distinto, alternativo, al puro y simple cumplimiento efectivo de la pena impuesta en la sentencia firme”. Afirma que en su opinión “serían innumerables los ejemplos que permiten poner de manifiesto la injusticia material que representa excluir de la posibilidad de suspensión a las penas no privativas de libertad, sin que pueda perderse de vista que la menor gravedad de aquéllas, no las hace, naturalmente, inofensivas, siendo que, en muchos casos, su ejecución representa un método, a veces irreparable, de exclusión social”. Considera que “el problema debería abordarse acudiendo nuevamente al fundamento de la institución” y que “las denominadas *condiciones necesarias* para que la suspensión proceda, entre las que debe ser incluido a estos efectos el tipo de penas susceptibles de suspensión, han de establecerse en atención a consideraciones vinculadas a la prevención general y, una vez cumplidas las mismas, serán criterios de prevención especial los que determinen, en cada caso, si procede acordar o no la suspensión”<sup>125</sup>.

En relación con la suspensión de la ejecución de la pena de multa, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de julio de 2000, observa que: “Por lo tanto, el recurso no se dirige tanto contra la resolución del Tribunal *a quo* como contra la ley que se le aplicó. Esta pretensión sólo podría ser satisfecha por el Tribunal Constitucional

---

<sup>124</sup> STC, Sala 1ª, núm. 209/1993, de 28 de junio, RTC\1993\209.

<sup>125</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, págs. 86 y 87.

mediante el procedimiento previsto en el art. 35 de la LOTC. No obstante, esta Sala no encuentra razones para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 80 y 82 del CP, pues el diverso tratamiento que en ellos se da a las penas de multa y privativa de libertad responde a criterios consolidados de política criminal que el legislador tenía facultades para adoptar. En efecto, el fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad radica en la finalidad de evitar el previsible “contagio criminológico” que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador. No cabe duda de que la pena de multa no ofrece ningún riesgo de “contagio carcelario o criminológico” y, consecuentemente, no requiere necesariamente, en principio, una institución como la suspensión condicional de su ejecución”<sup>126</sup>.

El Código Penal de 1995 reformó el sistema de penas con el propósito de alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna; introdujo, entre otros, cambios en las penas pecuniarias, abandonando el sistema de las multa fijas en favor del llamado sistema de días-multa, que en lo sustancial permite acomodar la intensidad de la sanción pecuniaria impuesta a la capacidad económica del penado, de modo que la pena resulte igualmente aflictiva con independencia de la capacidad económica del infractor. Así, cuando por la clase de delito cometido proceda la imposición de una pena de multa, los jueces y tribunales deberán, en primer lugar, determinar la extensión de la misma, es decir el número de días, meses o años multa concretos a que se condena, naturalmente dentro de los límites establecidos para el delito de que se trate, aplicando las reglas generales previstas para ello en el Código Penal; en segundo lugar, determinarán el importe de cada cuota, entre un mínimo de dos y un máximo de 400 euros diarios, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

La pena de multa está prevista en el Código Penal para los delitos leves y también como alternativa a la pena privativa de libertad en determinados delitos menos graves; tiene la ventaja de ser una pena que no afecta al derecho fundamental a la libertad personal del penado, ni lo arranca de su entorno familiar y social, ni lo priva de su trabajo, por lo que se presenta como una pena menos desocializante que la privativa de libertad; sin embargo tiene también inconvenientes, como es la desigualdad de trato que puede suponer para el “rico” y el “pobre”, así como la imposibilidad de hacerla efectiva cuando el penado sea insolvente.

---

<sup>126</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1200/2000, de 5 de julio, RJ\2000\6606.

Como es sabido, cuando el condenado no satisfaga voluntariamente o por la vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, en este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

Obviamente, como pena privativa de libertad que es, el arresto sustitutorio por impago de multa también será susceptible de suspensión; sin embargo no faltan autores que ponen de relieve las evidentes contradicciones que entraña el que, pudiendo suspenderse la responsabilidad personal subsidiaria por impago, no pueda ser objeto de suspensión la pena de multa.

POZA CISNEROS señala que: “En realidad, quien paga la multa evita con ello el ingreso en prisión y a quien no paga porque no puede hacerlo, el ordenamiento le sanciona, para evitar la impunidad, pero avanzando cualitativamente en la escala de penas, con pena privativa de libertad. La cuestión, por tanto, no estriba en eliminar la posibilidad de suspender la responsabilidad personal subsidiaria, sino en asegurar que la insolvencia es real y no puramente formal o ficticia”<sup>127</sup>.

Sin embargo, el legislador en el ámbito de la jurisdicción de menores ha optado por la decisión contraria, es decir, por la posibilidad de suspender cualquier medida impuesta y no solo las privativas de libertad; así, el artículo 40 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone que: “El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años”.

La pena de localización permanente fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que suprimió la pena de arresto de fin de semana, con la intención de dar una respuesta penal efectiva a determinadas infracciones penales leves,

---

<sup>127</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal” en Manuales de Formación Continuada del CGPJ, 4, Madrid, 1999, pág. 247.

pero evitando al mismo los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios; su cumplimiento se realizaba en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal, por un período de tiempo que no podía exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo consideraba más procedente.

Posteriormente, la ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, otorgó a la pena de localización permanente más protagonismo, confiriéndole mayor extensión y contenido, con una duración de hasta seis meses, si bien su ámbito de aplicación quedaba reducido al marco de la sustitución de las penas de prisión que no excedieran de seis meses, que regulaba el derogado art. 88 CP; y como pena principal para determinadas faltas; el art. 33 CP la clasificaba como pena menos grave, cuando tuviera una duración de tres meses y un día hasta seis meses, y como pena leve, cuando tuviera una duración de un día a tres meses.

La LO 1/2015 modifica el art. 33 CP y clasifica la localización permanente exclusivamente como pena leve, con una duración de un día a tres meses, pero el legislador ha olvidado modificar el art. 37 CP, que sigue manteniendo la duración máxima de la misma en hasta seis meses; sin embargo, su ámbito de aplicación ha quedado reducido, como pena principal, a los delitos de amenazas leves del art. 171.7 CP<sup>128</sup>, de coacciones leves del art. 172.3 CP<sup>129</sup>, y de injurias o vejaciones injustas leves del art. 173.4 CP<sup>130</sup>, cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173<sup>131</sup>, con una duración de 5 a 30 días; también está prevista en el

---

<sup>128</sup> Art. 171.7 CP: “El que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días”.

<sup>129</sup> Art. 172.3 CP: “El que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días”.

<sup>130</sup> Art. 173.4 CP: “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días”.

<sup>131</sup> Cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.



art. 53.1 CP<sup>132</sup> como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa cuando se trate de delitos leves; y en el art. 71.2 CP<sup>133</sup> como sustituta de una pena de prisión inferior a tres meses cuando ésta sea impuesta por aplicación de las reglas que para la determinación de las penas prevé el CP.

Como se ha dicho, el Código Penal clasifica como pena leve la localización permanente de un día a tres meses; que podrá ser impuesta como pena principal en los delitos leves anteriormente reseñados, con una duración de 5 a 30 días; que podrá cumplirse como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa cuando se trate de delitos leves, es decir, multa inferior a tres meses; y que podrá imponerse en sustitución de una pena de prisión inferior a tres meses. Vemos, pues, que en ningún caso la pena de localización permanente va a superar los tres meses de duración, lo que nos lleva a afirmar que el legislador ha olvidado modificar el art. 37 CP para adecuarlo a la actual clasificación de las penas, y que ya no tiene ningún sentido mantener la duración máxima de la pena en hasta seis meses.

Encontramos, además, otro “olvido” por parte del legislador, esta vez en el párrafo segundo del art. 37.1 CP que dispone: “No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado” (el subrayado es nuestro). Como se ha dicho, la reforma del Código Penal prevé la pena de localización permanente, como pena principal, para determinados delitos leves con una duración de hasta tres meses, sin embargo, ninguno de ellos dispone expresamente la aplicación del art. 37.1 párrafo segundo. La razón de ser de este párrafo la encontrábamos exclusivamente en la falta de hurto prevista en el art. 623 CP, actualmente derogado, que disponía: “Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración

---

<sup>132</sup> Art. 53.1 CP: “Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37”.

<sup>133</sup> Art. 71.2 CP: “Cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente”.

reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 37.1". Derogado el art. 623 CP y teniendo en cuenta que el delito de hurto leve regulado en el art. 234.2 CP está penado con multa de uno a tres meses, tampoco tiene ya ningún sentido mantener este párrafo. Así pues, para que exista coherencia entre lo dispuesto en los arts. 33 y 37.1 CP, debería modificarse este último, suprimiéndose el segundo párrafo del mismo y estableciendo la duración máxima de la pena de localización permanente en tres meses.

Como ya hemos visto el artículo 35 del Código Penal incluye la localización permanente entre las penas privativas de libertad, y por ello es susceptible de suspensión.

Es claro, pues, que las penas susceptibles de suspensión de la ejecución son las privativas de libertad, es decir, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Pero, ¿por qué solo éstas y no otras?

Como se ha dicho la finalidad principal de la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad es evitar el previsible contagio criminológico que el delincuente primario sufriría con su entrada en prisión. Sin embargo, el criterio que el art. 80 CP ofrece al tribunal para resolver sobre la suspensión de la pena, no es evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, sino precisamente que con el proceso y la condena la prevención especial está cumplida, que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos.

Además, no solo la cárcel tiene efectos criminógenos o desocializadores, sino que puede tenerlos la multa, si es difícil hacerle frente y supone un gran quebranto para la economía familiar; o ciertas privaciones de derechos que excluyen al condenado de la vida ordinaria de la sociedad, impidiéndole desempeñar su actividad profesional y privándolo de los ingresos que dicha actividad le reporta.

El proceso y la pena son un mal, y tal vez hay casos en los que comprobar que la amenaza se cumple (que el delito se descubre, que hay proceso y también condenan) sea suficientemente disuasorio, cumpla con los fines de prevención especial. Por ello, *de*

*lege ferenda*, pensamos que para un determinado grupo grande de delitos, que naturalmente excluyera los más graves, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena debería evolucionar hacia una oportunidad que se concediera a los penados en su primera condena, siempre que concurran en ellos los criterios establecidos en el art. 80.1 CP, a los que luego aludiremos, con medidas de cumplimiento obligatorio y, por supuesto, con control.

## **ii. Penas accesorias**

Sentado, pues, que las penas susceptibles de suspensión de la ejecución son las privativas de libertad, es decir, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, cabe cuestionarnos si dicha suspensión alcanzará también a las penas accesorias a las mismas que pudieran resultar impuestas en la sentencia firme.

Las penas accesorias son aquellas cuya existencia depende de una pena principal. La única pena principal que en el Código Penal lleva aparejada alguna pena accesoria es la pena de prisión, de tal forma que la imposición de ésta implica siempre la de una pena accesoria. La duración de la pena accesoria es la misma que la de la pena principal de prisión.

Art. 33.6 CP: “Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código.”

Art. 79 CP: “Siempre que los Jueces y Tribunales impongan una pena que lleve consigo otra accesoria condenarán también expresamente al reo a estas últimas”.

Ahora bien, el problema no se suscita en torno a todas las penas accesorias, sino solo a aquellas que acompañan a una pena de prisión susceptible de ser suspendida, es decir, con una duración no superior a dos años, o excepcionalmente no superior a cinco años cuando se trate de la suspensión especial para drogodependientes prevista en el artículo 80.5 CP. Así pues, la inhabilitación absoluta prevista como accesoria en el art. 55 CP ha de quedar necesariamente excluida ya que la pena principal a la que acompaña no puede ser en ningún caso suspendida.

La cuestión se centra, por tanto, en las penas accesorias previstas en el artículo 56.1 CP: 1ª) suspensión de empleo o cargo público; 2ª) inhabilitación especial para el

derecho de sufragio pasivo; 3ª) inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.

La mayor parte de los autores entienden que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión no puede considerarse extensible a las penas accesorias que resultaran impuestas, argumentando para ello la propia literalidad del artículo 80.1 CP que dispone que los jueces y tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, y, evidentemente, las penas accesorias no lo son (*in claris non fit interpretatio*), y, respecto a las penas accesorias mencionadas en el punto 3º del art. 56.1 CP, se arguye también que han perdido respecto de la principal el carácter automático o mecánico de su imposición, toda vez que se exige que para que dichas penas accesorias puedan ser aplicadas que estos derechos hayan tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

Esta postura es la seguida por nuestra jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1999 señala “que la resolución de la Audiencia Provincial, denegando la extensión de la suspensión de condena a las penas privativas de derechos (suspensión de cargo público), aparece razonadamente motivada, y tiene su apoyatura en la ley, que establece la suspensión de condena expresamente para las «penas privativas de libertad» (art. 80.1º del Código Penal de 1995), y también en la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 209/1993, de 28 de junio [RTC 1993\209]). En esta Sentencia 209/1993, el Tribunal Constitucional considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derechos, «dada la distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter», por lo que «el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (STC 209/1993), pudiendo citarse entre estos criterios el fundamento señalado por la STC 165/1993 (RTC 1993\165), de que «la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de

la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación»<sup>134</sup>.

También en el ámbito de la denominada “jurisprudencia menor” emanada de las diferentes Audiencias Provinciales puede considerarse mayoritario el punto de vista que niega la posibilidad de que la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad alcance igualmente a las accesorias que hubiesen sido impuestas. En este sentido se expresa el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 8 de octubre de 2007, disponiendo que: “El Código Penal vigente articula el modelo de inexecución condicionada de la pena (artículos 80 y ss.) únicamente para las penas privativas de libertad. La única excepción a esta regla jurídica es la contenida en el artículo 80.4 CP: cabe la suspensión de cualquier pena al penado que esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. No es el caso presente. Por lo tanto, cualquiera que sea la naturaleza, principal o accesoria, de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cargo (en el supuesto pergeñado en el artículo 152.3 CP es una pena principal), no cabe su inexecución condicionada”<sup>135</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Huelva en su Auto de 2 de junio de 2005, observando que: “El Código Penal en el art. 80, establece que procederá la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años y nada dice respecto de las penas accesorias, cuando anteriormente el art. 97 del Código de 1.973, sí contenía una prohibición expresa de extender la remisión condicional a las penas accesorias. En la actualidad la doctrina se inclina por la respuesta negativa a la suspensión de las penas accesorias, entendiendo que han de quedar sometidas al régimen general y en consecuencia han de permanecer el margen de la suspensión de la principal, pues si hubiese sido el deseo del legislador que la suspensión de la pena principal llevase consigo también la de la accesoria, debió establecerlo expresamente, siendo esta la posición que ha mantenido el Tribunal Constitucional, que razona su aplicación a las penas cortas privativas de libertad (SSTC 224/92 y 165/93), ello está basado en que el tratamiento de las penas privativas de libertad y las privativas de derechos, y ello por un fundamento racional y objetivo de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados en los que no existe

---

<sup>134</sup> STS, Sala 2ª, núm. 950/1999, de 19 de julio, RJ\1999\6508.

<sup>135</sup> AAP de Guipúzcoa, Sec. 1ª, núm. 250/2007, de 08 de octubre, JUR\2008\34339. Como en su momento veremos, esta excepción que la Audiencia Provincial de Guipúzcoa proclama dista mucho también de ser pacífica en la doctrina.

arbitrariedad, ni discriminación, por ello en la legislación actual la referencia a las penas privativas de libertad como susceptibles de suspensión impide extender el citado beneficio a las que no lo son aunque sean accesorias de aquellas y aunque haya desaparecido el art. 97 del anterior Código Penal, así lo ha declarado el TS en sentencia de 19/07/99”<sup>136</sup>.

Sin embargo, no faltan autores, a los que nos sumamos, que se han pronunciado a favor de la extensión de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a la accesoria que junto a aquella hubiera resultado impuesta en la sentencia firme. Estos autores sostienen que existe una cierta relación de dependencia entre la pena principal y la accesoria, debiendo correr ambas la misma suerte también en la fase de ejecución.

Para MAPELLI CAFFARENA, mientras que las penas accesorias se apliquen automáticamente al imponerse la principal, parece lógico que la suspensión de ésta alcance a la de aquella; lo contrario es para el autor “incongruente e injusto, teniendo en cuenta que muchas de las penas se erigen como verdaderos obstáculos para normalizar la vida civil del condenado. Es incomprensible, pues, que pierda vigencia o se altere la relación de accesoriedad y no se suspenda la ejecución a la par que la de la pena principal, poniendo en juego los objetivos preventivo especiales de la suspensión”<sup>137</sup>.

En este sentido, el Auto de 24 de julio de 2008, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, dice: “En el art. 80.1 del Código Penal se dispone que “Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada”. Por lo que, en principio, parece resultar que la Ley sólo autoriza a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; lo que en el caso que nos ocupa supondría que dicha suspensión no podría extenderse a la pena privativa de derechos como es la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Ahora bien, conforme al principio de que lo accesorio sigue a lo principal, aplicado por el Tribunal Constitucional en relación con la suspensión de la ejecución de la indicada pena accesoria cuando se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena principal al amparo del art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la admisión a trámite de un recurso de amparo, Jurisprudencia de la que sirven de ejemplo el auto de 1 de febrero de 2005 y 13 de noviembre de 2000, siendo evidente la analogía

---

<sup>136</sup> AAP de Huelva, Sec. 1ª, núm. 66/2005, de 02 de junio, JUR\2005\225314.

<sup>137</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*”, pág. 124 y 125.

entre el supuesto al que obedecen dichas resoluciones y el que nos ocupa ahora, la suspensión de la pena principal de prisión impuesta al ahora apelante debe acarrear la suspensión de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo”. Afirma el mencionado Auto que “la no aplicación al caso que nos ocupa del indicado principio de que lo accesorio sigue a lo principal podría dar lugar a un efecto absurdo, como sería que, estando suspendida la ejecución de la pena de prisión por dos años, si no se suspendiera la ejecución de la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, si al transcurrir los dos años de suspensión se revocara la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, se daría lugar al cumplimiento de dicha pena de prisión, pero sin que la misma llevara aparejada la accesoria de inhabilitación, lo que daría a una situación absolutamente irregular, pues, si se entendiera que la accesoria ya estuviera cumplida, el condenado, en situación de preso en cumplimiento de la pena de prisión, podría ser elegido para un cargo público, lo que se contradice con el sistema electoral español, y si se entendiera que el preso en cumplimiento de la pena de prisión está en todo caso incurso en causa de inelegibilidad al amparo del art. 6.2 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, en el que se declara inelegibles a "Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena", se daría lugar a un cumplimiento de la pena accesoria de mayor extensión temporal que la impuesta en la sentencia.

Por último, debe señalarse que lo dispuesto en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 5/1985 que se acaba de citar, es un argumento más en apoyo de la extensión de la suspensión de la pena a la accesoria, pues es claro que, conforme a dicho precepto, la inelegibilidad se dará al mismo tiempo que el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad; no vinculándose en el citado precepto la inelegibilidad a la extensión temporal de la pena que se fijara en la sentencia firme, sino a algo distinto, cual es la duración efectiva del cumplimiento de la pena de prisión”<sup>138</sup>.

En sentido contrario se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1993 cuando dice: “conviene dejar bien sentado que la causa de inelegibilidad que afecta a «los condenados por Sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena» [art. 6.2 a) LOREG] no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce formalmente cuando se suspende, sino por ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche

---

<sup>138</sup> AAP de Madrid, Sec. 6ª, núm. 518/2008, de 24 de julio, JUR\2008\290143.

social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral. En consecuencia, no depende ni puede depender de la situación personal del condenado, libertad o prisión, ya que -por otra parte- la condena condicional está concebida exclusivamente para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación. Por ello, la remisión de la principal no conlleva en ningún caso la suspensión paralela de las accesorias.

[...] La Sentencia de 12 de marzo de 1993 que dictó la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que contiene una doble condena del encausado, a quien se le impone por una parte la pena de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante dicho período y -por la otra- la de inhabilitación especial para cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo por seis años y un día.

Esta última, pena principal y por ello autónoma, no es la determinante de que el condenado a ella haya sido excluido de la lista de candidatos, [...] La incapacidad para ser elegible se produce como consecuencia automática de la pena privativa de libertad (el arresto mayor), y sólo de ella, desconectada, pues, de su accesoria la suspensión. Así la configura como causa de inelegibilidad el precepto tantas veces traído y llevado (art. 6.2 LOREG), que es aplicable en toda clase de elecciones, generales o no, como pone de relieve, desde una perspectiva sistemática, su encuadramiento en el Título I de la Ley donde se contienen las «disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo», epígrafe suficientemente expresivo de su alcance general”<sup>139</sup>.

Cabe añadir, además, que desaparecido el art. 97 del CP de 1973, que disponía expresamente que "La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles", no existe ya ninguna disposición explícita que excluya la posibilidad de suspensión de la ejecución de las penas accesorias; incluso ha desaparecido, con la reforma operada por la LO 1/2015, lo dispuesto en el art. 80.3 CP de 1995: "La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados", entendemos que por coherencia con una de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena establecidas en el art. 80.2, como es la de haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado.

---

<sup>139</sup> STC, Sala 1ª, núm. 166/1993, de 20 de mayo, RTC\1993\166.



Finalmente, los razonamientos de este sector de la doctrina ponen el acento en que la ejecución de la pena accesoria producirá sobre el condenado evidentes efectos desocializadores, frustrando o dificultando muy gravemente la finalidad esencial de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por cuanto mal podrá reintegrarse a la sociedad, al menos en las condiciones idóneas para no volver a delinquir, quien, aun suspendida la ejecución de la pena privativa de libertad que le fue impuesta con ese fin, puede verse, por ejemplo, privado de desempeñar su actividad profesional y, evidentemente, de los ingresos que dicha actividad le reporta.

La pena accesoria que se impone más habitualmente es la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, ya que en muchos casos no es posible o no tiene sentido imponer las demás: si el delito no tiene relación con algún derecho en particular, no se puede imponer ninguna de las inhabilitaciones especiales restantes; y si el sujeto no ostenta ningún cargo o empleo público, no tiene sentido imponer la pena de suspensión.

Como ya hemos dicho, las penas accesorias son aquellas cuya existencia depende de una pena principal y la única pena principal que lleva aparejada alguna accesoria es la pena de prisión, así pues, es en el momento de la imposición de la pena de prisión cuando surge la conexión entre ambas, conexión que debe mantenerse durante la ejecución de la pena, de manera que si ésta se suspende, debería suspenderse la accesoria. La inelegibilidad para cargo público, por ejemplo, no deriva solo del carácter infamante de la condena a privación de libertad al que alude la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada, sino de una cuestión de orden práctico, que es que si se está en la cárcel no se puede desempeñar el cargo; además, si se revocara la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ésta se tendría que cumplir sin llevar aparejada la accesoria de inhabilitación, que estaría ya extinguida, lo que daría lugar a una situación totalmente irregular e incompatible con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que en su art. 6.2 declara inelegibles a “los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena”, de manera que al final el penado tendría que cumplir una accesoria de mayor extensión temporal que la impuesta en sentencia. Esto, claro está, sin tener en cuenta lo que los Partidos políticos decidan en cuanto a la posibilidad de que un candidato esté incluido de las listas electorales cuando resulte condenado, o, incluso mientras sea investigado, acusado o procesado, aunque todavía no exista condena.

El art. 33.6 CP dispone que las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos del Código, como sucede en el art. 57 CP, que obliga a prorrogar la duración de la pena accesoria más allá de la pena principal, cuando el condenado lo haya sido a pena de prisión. En estos casos, a pesar de esta simultaneidad, las accesorias tienen su propia vida durante la cual imponen al condenado unas restricciones en función de su naturaleza, de manera que la pena accesoria puede ser quebrantada y dar lugar, con ello, a responsabilidad penal en los mismos términos que la pena principal, determinando la comisión de un delito de quebrantamiento de condena.

La accesoriedad de las penas previstas en el art. 57 CP no depende de una pena principal como sucede con las del art. 56 CP, sino de la comisión de determinados delitos. En estos casos, si se dan las condiciones previstas en el Código Penal para la suspensión de la ejecución de la pena, y el condenado fuera merecedor de este beneficio, encontraremos algunos problemas a los que luego aludiremos.

El art. 57.1 CP dispone que en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, los jueces o tribunales podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 CP<sup>140</sup>, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. Vemos, pues, que esta pena es accesoria sólo a determinadas categorías delictivas pero es indiferente la clase de pena impuesta, por lo que las prohibiciones del artículo 48 se pueden imponer con toda clase de penas; se trata de una decisión discrecional del juez o tribunal que acordará atendiendo siempre a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente para la víctima, pues son penas tendentes a la protección de la misma; por ejemplo, un delito de calumnias con publicidad del art. 206 CP, condenado con una pena de multa de 12 meses y prohibición de aproximarse a la víctima y comunicarse con ella por tiempo de dos años (dentro del margen de entre 6 meses a 5 años).

---

<sup>140</sup> Las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP son: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos; la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

El artículo 57.3 CP establece que la regla troncal de accesoriedad prevista en el artículo 57.1 CP se podrá imponer por la comisión de esos mismos delitos cuando tengan la consideración de leves, por un tiempo que no excederá de seis meses; por ejemplo, un delito de lesiones leves del art. 147, condenado a una pena de multa de tres meses, más una pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima de seis meses (dentro del margen de entre un mes a seis meses).

Además, el inciso segundo del art. 57.1 CP establece un régimen especial de concurrencia de dichas prohibiciones con la prisión, estableciendo que si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea; por ejemplo, un delito de lesiones del art. 147 CP, condenado con una pena de prisión de dos años, más una pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima de tres años (tiempo superior de entre uno a cinco años al de la duración de la pena de prisión).

Por último el art. 57.2 CP contempla un régimen de preceptiva aplicación de la prohibición de aproximación del art 48.2 CP cuando los delitos descritos en el punto 1 del art. 57 CP se cometan en el ámbito de la violencia de género o de la violencia doméstica; en esos casos su imposición es obligatoria para el juez o tribunal, que la acordará por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 57.1 CP cuando el condenado lo fuera a pena de prisión; por ejemplo, un delito de maltrato de obra a la esposa del art. 153 CP, que fuera condenado a la pena de seis meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día, más la accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima de 18 meses (tiempo superior de entre uno a cinco años al de la duración de la pena de prisión).

Como se ha dicho, la subordinación de las penas accesorias del art. 56 CP a la pena principal de prisión, de imposición obligatoria y automática, permite, a nuestro juicio, que la suspensión de la ejecución de la pena alcance a ambas de igual manera, pero, ¿sucederá lo mismo cuando la pena accesoria impuesta sea una de las previstas en el art. 57 CP?

Para MAPELLI CAFFARENA<sup>141</sup> este efecto extensivo no se producirá cuando la pena accesoria debilita su relación con la pena principal. Porque ya no se aplica automáticamente, sino guiada por sus mismos criterios y generalmente con sus propias reglas de determinación temporal. Entonces la concesión de cualquiera de las formas suspensivas o sustitutivas que contempla la legislación sólo serán de aplicación a la pena principal. Se trata de aquellos supuestos como en el artículo 57 en que la accesoriedad está limitada obligando a dar una respuesta distinta a la vinculación entre las dos penas concurrentes.

Es claro que el art. 57 CP obliga a prorrogar la duración de la pena accesoria más allá de la pena principal cuando el condenado lo haya sido a pena de prisión. En estos casos, a pesar de esta simultaneidad, las accesorias tienen su propia vida durante la cual imponen al condenado unas restricciones en función de su naturaleza, de manera que la pena accesoria puede ser quebrantada y dar lugar, con ello, a responsabilidad penal en los mismos términos que la pena principal, es decir, un quebrantamiento de condena.

Entonces, cuando la prohibición de aproximarse a la víctima se hubiera impuesto como pena accesoria en la sentencia condenatoria, y se acuerde la suspensión de la ejecución de la pena principal, condicionada también al cumplimiento de la medida de prohibición de aproximarse a la víctima, de imposición obligatoria cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer, si sólo se suspende la pena principal, estaremos ante una situación “extraña”, puesto que tendremos una misma prohibición, impuesta como pena accesoria para la protección de la víctima, y como medida o regla de conducta orientada a evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, con una doble consecuencia jurídica en caso de incumplimiento: por un lado la comisión de un nuevo delito de quebrantamiento de condena, y por otro la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de la medida.

Esta situación no se dará si se suspenden tanto la pena principal como la accesoria, eso sí, condicionada al cumplimiento de la prohibición que se ha suspendido, que, aunque esté orientada a evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, no deja por ello de ser también una medida de protección a la víctima, de manera que si ésta se incumple, la única consecuencia jurídica será la revocación del beneficio de suspensión, debiendo cumplirse ambas penas íntegramente por el penado. Para que esto sea así, el

---

<sup>141</sup> MAPELLI CAFAENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, pág. 293.

plazo de suspensión nunca podría ser menor que el que tuviere la pena accesoria suspendida.

Por ejemplo, en un delito de lesiones del art. 147 CP, condenado con una pena de prisión de dos años, más una pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima de tres años (tiempo superior de entre uno a cinco años al de la duración de la pena de prisión), la suspensión sería por un plazo de entre tres a cinco años, condicionada al cumplimiento, como mínimo, de la misma medida.

Por el contrario, si sostenemos que en el ejemplo anterior sólo se suspende la pena de prisión por el plazo que se determine, de 2 a 5 años, encontramos, respecto de la pena accesoria, dos posibilidades: la primera, que no se condicione la suspensión al cumplimiento de la prohibición de aproximarse a la víctima, puesto que dicha prohibición ya se ha impuesto como pena accesoria; lógicamente, en este caso, la suspensión tendrá que tener una duración, como mínimo, igual a la de la pena accesoria.

Así, si el penado la incumple, cometerá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP<sup>142</sup>, que llevará aparejada la revocación de la suspensión, si es que al final resulta condenado por ese nuevo delito durante el período de suspensión; en caso contrario, todavía existiría la posibilidad de que el juez o tribunal considere que la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y el ingreso en prisión del penado, resultan imprescindibles para evitar el riesgo de reiteración delictiva y asegurar la protección de la víctima (art. 86.4 CP).

Si se diera alguno de estos casos y se revocara la suspensión, el penado tendría que cumplir la pena de dos años de prisión, junto con la parte que quedara pendiente de los tres años de prohibición de aproximarse a la víctima que se le impusieron.

La segunda posibilidad será que sí se condicione la suspensión al cumplimiento de la prohibición de aproximarse a la víctima por el tiempo que dure la suspensión, de manera que si aquélla se incumple durante el plazo de suspensión, la consecuencia será, por un lado la revocación, debiendo cumplir la pena de prisión de dos años junto con la parte que quedara pendiente de los tres años de prohibición de aproximarse a la víctima

---

<sup>142</sup> Art. 468.1 y 2 CP: “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”.

que se le impusieron, y por otro la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, por el que podrá resultar condenado, o no, pero que en ningún caso influirá para poder revocar la suspensión de la ejecución de la pena.

Vemos, pues, que en ambas posibilidades se puede llegar a la misma consecuencia jurídica, la revocación de la suspensión, pero con una gran diferencia entre ellas, como es que en la primera será necesario que se haya dictado sentencia condenatoria por el delito de quebrantamiento durante el período de suspensión, y en la segunda la revocación se producirá simplemente con el incumplimiento grave o reiterado de la prohibición de aproximarse a la víctima, con independencia del momento en el que se dicte la sentencia condenatoria por el quebrantamiento.

Obviamente, ante este resultado, hemos de decantarnos por la segunda, que además será plenamente aplicable cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer, en los que la prohibición de aproximarse a la víctima es de imposición obligatoria, tanto como pena, por aplicación de lo dispuesto en art. 57.2 CP, como en cuanto medida, por aplicación de lo dispuesto en el art. 83.2 CP, cuando se acuerde la suspensión; así, por ejemplo, en un delito de maltrato de obra a la esposa del art. 153 CP, por el que el autor fuera condenado a la pena de seis meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día, más la accesoria obligatoria de prohibición de aproximarse a la víctima de 18 meses (tiempo superior de entre uno a cinco años al de la duración de la pena de prisión), la suspensión de la ejecución de la pena de prisión sería por un plazo de entre dos a cinco años, condicionada al cumplimiento de la misma medida, también obligatoria, junto con la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, y la participación en un programa de igualdad de trato y no discriminación.

En atención a lo expuesto, es necesario llamar la atención sobre la necesidad de imponer obligatoriamente una pena accesoria ligada a una condena que se puede suspender, cuando la suspensión llevaría aparejada una medida equivalente a la pena accesoria. Las normas penales deben hacerse con criterio, evitando que se den situaciones como las descritas anteriormente, que crean inseguridad jurídica. Y más cuando las reglas de conducta, prohibiciones y deberes previstos en el art. 83 CP, cumplen con el objetivo preventivo especial de evitar el peligro de comisión de nuevos delitos por parte del penado, y con el preventivo general de protección a la víctima.

## **b) Criterios de concesión**

Dispone el art. 80.1 CP que: “Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Así pues, la suspensión de la ejecución de la pena es una decisión discrecional del juez o tribunal, pero mientras que el anterior CP establecía como criterios legales de concesión judicial, la peligrosidad criminal de sujeto y la existencia de otros pronunciamientos penales contra éste, el actual art. 80.1 CP, en su párrafo primero, centra la aplicación de la suspensión a los casos en que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos<sup>143</sup>. Es decir, se mantiene el criterio de la peligrosidad criminal del sujeto y la correspondiente prognosis de comportamiento futuro, conforme a la reiterada doctrina constitucional que fija la *ratio* del beneficio de la suspensión condicional en la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad a los condenados que presenten un pronóstico favorable de comportamiento futuro (SSTC nº 224/1992, de 14 de diciembre, 115/1997, de 16 de junio, 164/1999, de 27 de septiembre, 264/2000, de 13 de noviembre, 8/2001, de 15 de enero, 110/2003, de 16 de junio, 251/2005, de 10 de octubre).

A este respecto, el AAP de Barcelona de 14 de diciembre de 2016 dice que: “En el general art. 80.1 CP, el criterio fundamental y único a que alude el CP es la

---

<sup>143</sup> El Anteproyecto de reforma del CP de 11 de octubre de 2012 limitaba la aplicación de la suspensión a los casos en que “sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”, vinculando el beneficio de la suspensión a personas de peligrosidad nula o casi nula, que resultaba incongruente con la exigencia al penado del cumplimiento de los deberes, obligaciones y prohibiciones establecidas en el art. 83. El *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto...*, pág. 29, matizaba que: “Con esta formulación el Anteproyecto focaliza el beneficio en un perfil criminológico sumamente limitado, pues remite a un delincuente primario u ocasional, socialmente integrado, para el que la declaración judicial de culpabilidad y la imposición de la pena, sin necesidad de ulterior ejecución, ejerce un efecto intimidatorio suficiente para precaver todo riesgo de reincidencia”.

peligrosidad del sujeto entendido como pronóstico de comportamiento que revela la peligrosidad de la comisión de nuevos delitos. No habrá peligrosidad si es razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos sensu contrario del art. 80.1 CP. Concepto éste de raíz criminológica, que juega en la suspensión de la pena privativa de libertad enfocado a la prevención especial, que precisa seleccionar a los candidatos idóneos a la suspensión y medida de control y seguimiento que refuercen la nota resocializadora más allá de la sola conminación con la revocación de la suspensión misma”<sup>144</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia el AAP de Sevilla de 10 de octubre de 2016, que considera que “por peligrosidad –concepto clásico, de raigambre criminológica, conforme al art. 95 del Código Penal- debe entenderse el pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión nuevos delitos. Como señala la doctrina, la valoración de la peligrosidad del sujeto exigirá tomar en cuenta todos aquellos factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia a la integridad social. Con frecuencia, será preciso reiterar consideraciones ya utilizadas en la individualización concreta de la pena, exigida con rigor por los arts. 66.1 y 68 Código Penal. Las mismas circunstancias personales del autor, determinadas circunstancias modificativas o la naturaleza del hecho y su gravedad pueden servir tanto para individualizar la pena como para extraer de ellas un juicio de peligrosidad”<sup>145</sup>.

Como señala CARDENAL MONTRAVETA, “el requisito, de carácter general, de que “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos” debe entenderse partiendo de que resulta imposible conocer cuál será el comportamiento futuro del penado. Lo razonable de aquella esperanza dependerá de la solidez del pronóstico, y de la probabilidad de que el penado no cometa nuevos delitos, lo cual puede depender de las condiciones fijadas para mantener la suspensión y de su efectivo cumplimiento; esto, obliga a valorar también la esperanza de que ello sea así. El legislador no lo exige, pero tampoco excluye la posibilidad de que el juez o tribunal solicite un informe pericial. La doctrina menciona distintos métodos para intentar determinar la peligrosidad criminal del penado y realizar aquel pronóstico, distinguiendo entre los intuitivos y los científicos (clínico, actuarial o estadístico, y el basado en el análisis o evaluación de riesgo y necesidades), y

---

<sup>144</sup> AAP de Barcelona, Sec. 9, nº 799/2016, de 14 de diciembre, JUR\2017\38686.

<sup>145</sup> AAP de Sevilla, Sec. 7ª, núm. 988/2016, de 10 de octubre, JUR\2017\1316.



destacando que no excluyen un margen considerable de error. La esperanza de que no sea necesaria la ejecución de la pena para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, puede considerarse razonable cuando esta posibilidad sea más elevada que la posibilidad contraria”<sup>146</sup>.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, entienden que “para valorar la oportunidad de la suspensión de la pena hay que atender a si resulta suficiente para la *prevención especial*, esto es, para evitar la reincidencia. Ello se corresponde con la tradicional concepción de la condena condicional como advertencia al reo a quien se proporciona una segunda oportunidad, evitando el ingreso en prisión y la previsible desocialización. Tal es el sentido en que deben interpretarse los restantes datos enunciados en el segundo párrafo del art. 80.1 CP”<sup>147</sup>.

Para DE PAÚL VELASCO “lo decisivo es el juicio de suficiencia preventivo-especial de la suspensión. Se trata de decidir en cada caso si la mera amenaza de ejecutar la pena de prisión en caso de nuevo delito genera para el delincuente un efecto disuasorio suficiente y más eficaz que su cumplimiento efectivo. Las exigencias de prevención general no deben ser tomadas en consideración en este momento, pues ya quedan satisfechas con la confirmación de la seriedad de la amenaza penal a través de la sentencia condenatoria y de la posibilidad de ejecución de la pena”<sup>148</sup>. En consecuencia, como señala MUÑOZ COMPANY, “los elementos que conforman el juicio pronóstico han de conectarse funcionalmente con el riesgo de reincidencia, o como mínimo, de reiteración delictiva, así debe entenderse la referencia a las «circunstancias del delito cometido». Se trata de valorar la existencia o no, en el delito cometido, de factores criminógenos, históricos, contextuales o motivacionales, que no permitan excluir la posibilidad de comisión de nuevos delitos”<sup>149</sup>.

Entendemos, pues, que han de ser consideraciones vinculadas a la prevención especial las que determinen, en cada caso concreto, si procede acordar o no la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Así lo entendió también

---

<sup>146</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S. en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 313 y 314.

<sup>147</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...*, pág. 615.

<sup>148</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015, pág. 4.

<sup>149</sup> MUÑOZ COMPANY, M.J., “Delitos de corrupción política: ejecución de la penas, posibilidad de suspensión y sustitución de éstas. Modificación de la Ley Orgánica 1/2015. Análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley* nº 8589, 23 de julio de 2015, pág. 8 y 9.

la Audiencia Provincial de Cádiz, en su Auto de 18 de junio de 2002, diciendo que: “El Tribunal Supremo ha establecido que la solución materialmente acorde con la finalidad de la remisión es la revocación del beneficio en los casos en que la comisión de un nuevo delito evidencia a posteriori que existía la necesidad de pena, siquiera sólo fuera por razones de prevención especial. Esa es, a mayor abundamiento, la razón por la cual el primero de los requisitos a que se ha condicionado siempre la suspensión o su mantenimiento atiende a la peligrosidad criminal del sujeto, es decir, a la probabilidad de reiteración delictiva deducida de su comportamiento anterior o posterior a la ejecución del delito cuya pena se suspende”<sup>150</sup>.

Para dictar la resolución que proceda, el Tribunal deberá hacer un juicio de pronóstico ateniéndose a unos criterios de decisión que, como se ha dicho, se fundan en la apreciación de peligrosidad criminal en el penado y en la correspondiente prognosis de comportamiento futuro. Así, el Tribunal habrá de valorar, por un lado:

Las circunstancias del delito cometido, o lo que es lo mismo, las características objetivas del hecho consumado que revelen una evidente peligrosidad criminal y que podrá obtener del material obrante en autos (hechos probados de la sentencia). Como señala DE PAÚL VELASCO “las circunstancias del delito relevantes para el juicio sobre la suspensión no deben ser las que indiquen una mayor o menor gravedad relativa del delito, que ya han debido encontrar reflejo en la individualización de la pena, sino las que puedan revelar la existencia de elementos ejecutivos, contextuales o motivacionales que incrementen o disminuyan el riesgo de reincidencia. Así, por ejemplo, un delito de lesiones cometido con gran violencia y por un motivo fútil puede revelar un peligroso descontrol de impulsos agresivos del sujeto, mientras que ese mismo delito cometido en respuesta a una grave y reiterada provocación de la víctima puede ofrecer un perfil de ocasionalidad difícilmente repetible”<sup>151</sup>.

Para MUÑOZ COMPANY, “los elementos que conforman el juicio pronóstico han de conectarse funcionalmente con el riesgo de reincidencia, o como mínimo, de reiteración delictiva, así debe entenderse la referencia a las «circunstancias del delito cometido». Se trata de valorar la existencia o no, en el delito cometido, de factores

---

<sup>150</sup> AAP de Cádiz, Sec. 8ª, núm. 73/2002, de 18 de junio, JUR\2002\251515.

<sup>151</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 6.

criminógenos, históricos, contextuales o motivacionales, que no permitan excluir la posibilidad de comisión de nuevos delitos”<sup>152</sup>.

El AAP de Castellón de 14 de noviembre de 2016 afirma que “respecto a los factores que han de ser ponderados en el juicio de peligrosidad se alude, en primer lugar, a "las circunstancias del delito cometido", lo que no puede ser identificado con la "naturaleza del hecho" a la que ha de atenderse para decidir la suspensión sustitutiva del nuevo art 81.3 CP (anterior art. 88 CP, dejado sin efecto por la LO 1/2015), ni con la gravedad, que se habrá valorado en la determinación de la pena, sino que se trata de valorar si en el delito cometido concurren o no factores criminógenos, histórico o motivaciones de los que pueda inferirse o excluirse la peligrosidad del penado. De ahí que los elementos que conforman el juicio pronóstico han de conectarse con el riesgo de reincidencia. Como criterio fundamental y único a tener en cuenta para acordar la suspensión a tenor del anterior art. 80 CP se entendía por peligrosidad criminal, a la luz del art. 95.1.2ª CP, el pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos, lo que exigía valorar aquellos factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia a la integración social, y entre ellos, su personalidad, su actividad laboral, su situación familiar y social, su estado físico y mental. Por tanto, aunque la ley no decía qué ha de entenderse por peligrosidad criminal, se refería a las posibilidades objetivas de que vuelva a delinquir”<sup>153</sup>.

Las circunstancias personales, familiares y sociales del penado, que como indica DE PAÚL VELASCO, “pueden hacer referencia a rasgos de su personalidad, de su conducta o de su biografía que faciliten o disminuyan la probabilidad de comisión de nuevos delitos, rasgos entre los que puede tener especial importancia la adicción criminógena a sustancias de abuso (o adicciones sin sustancia, como la ludopatía) y sus perspectivas de superación mediante el tratamiento. En cualquier caso, este criterio, como el de las circunstancias familiares y sociales del delincuente, ha de ser manejado con precaución, para evitar que actúe como un factor de discriminación social, haciendo de peor condición a los más desfavorecidos”<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> MUÑOZ COMPANY, M.J., “Delitos de corrupción política: ejecución de la penas, posibilidad de suspensión y sustitución de éstas. Modificación de la Ley Orgánica 1/2015. Análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley* nº 8589, 23 de julio de 2015, pág. 8 y 9.

<sup>153</sup> AAP de Castellón, Sec. 1ª, núm. 791/2016, de 14 de noviembre, JUR\2017\12447.

<sup>154</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 6.

A este respecto, el citado AAP de Castellón sostiene que “la mención a las *circunstancias personales, familiares y sociales del penado*, no ofrece ninguna dificultad interpretativa y exigen la incorporación de esos datos al procedimiento. Además, la decisión sobre la suspensión de la ejecución habrá de valorar los efectos que quepa esperar de la propia suspensión y de las medidas que le fueren impuestas. Se trata de un juicio sobre la prevención especial de la suspensión en el caso concreto”<sup>155</sup>.

Los antecedentes penales que le consten vigentes en el momento de decidir sobre la suspensión, puesto que éstos reflejan su trayectoria delictiva y peligrosidad criminal evidenciando un indudable pronóstico de peligrosidad futura. Obviamente, por analogía con lo dispuesto en el art. 80.2,1ª CP, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP, pues al igual que POZA CISNEROS<sup>156</sup>, consideramos que el paso del tiempo necesario para la cancelación de dichos antecedentes revela una menor peligrosidad en el sujeto, además de estar expresamente excluidos en el citado precepto para determinar la primariedad delictiva, que, como veremos, es una de las condiciones necesarias que obligatoriamente debe cumplir el penado para ser merecedor del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena.

El citado AAP de Castellón afirma que “la referencia a “antecedentes” no ha de identificarse con antecedentes penales, sino que el término ha de interpretarse en clave del juicio de peligrosidad; cierto es que, respecto de los antecedentes cancelados, el simple transcurso del tiempo sin delinquir que implica la cancelación supone una ausencia de peligrosidad, pero no ocurre lo mismo con la existencia de antecedentes policiales o de otras causas pendientes, toda vez que, a pesar de que algún sector aduce que su valoración atentaría contra la presunción de inocencia del reo, debe tenerse en cuenta que no estamos ante una condena, sino ante la ponderación de un factor subjetivo como es la peligrosidad: tratándose de un pronóstico, las repetidas detenciones o imputaciones constituyen una circunstancia objetiva indicativa de peligrosidad que no prejuzga la responsabilidad del sujeto respecto de tales hechos”<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> AAP de Castellón, Sec. 1ª, núm. 791/2016, de 14 de noviembre, JUR\2017\12447.

<sup>156</sup> POZA CISNEROS, M., “suspensión, sustitución ...”, pág. 257.

<sup>157</sup> AAP de Castellón, Sec. 1ª, núm. 791/2016, de 14 de noviembre, JUR\2017\12447.

Por otro lado, el Juez o tribunal valorará también su conducta posterior al hecho, que tendrá máxima relevancia cuando deba decidirse sobre la suspensión mucho tiempo después de haberse cometido el delito sin que el penado haya vuelto a delinquir; en particular valorará su esfuerzo para reparar el daño causado, teniendo en cuenta, por ejemplo, el comportamiento del penado para paliar los efectos negativos del delito, facilitando su descubrimiento y enjuiciamiento, reparando el daño causado, o de otro modo; y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Esta última referencia es para DE PAÚL VELASCO, “otra forma de referirse al juicio de suficiencia preventivo-especial de la suspensión, al efecto inocuizador y resocializador que la medida pueda tener sobre el delincuente, y no debe entenderse como una alusión encubierta a exigencias de prevención general, al efecto que la suspensión pueda tener en la sociedad en general, como no sea en el sentido de que esas exigencias retributivas quedan ya satisfechas por esa vía”<sup>158</sup>.

Como señala GARCÍA ALBERO, “los elementos que deben conformar el juicio pronóstico han de conectarse funcionalmente con el riesgo de reincidencia, o como mínimo de reiteración delictiva. Así ha de interpretarse la referencia las “circunstancias del delito cometido”. No se trata de conformar aquí un juicio de gravedad al margen del que expresa la pena concreta impuesta, en la que ha cristalizado justamente el merecimiento de pena —en clave retributiva- o las necesidades preventivo-generales tanto negativas como positivas. Se trata simplemente de valorar la existencia o no, en el delito cometido, de factores criminógenos, históricos, contextuales o motivacionales, que no permitan excluir la posibilidad de comisión de nuevos delitos. [...]En un juicio de peligrosidad, ostenta especial relevancia la conducta posterior al hecho. Cuando se trata de hechos lejanos en el tiempo, por haber transcurrido años entre su comisión y el dictado de sentencia condenatoria firme, lo que haya hecho el sujeto durante ese periodo constituye un dato cierto y privilegiado para conformar juicio de peligrosidad. Si desde entonces el sujeto se condujo con absoluto respeto por la ley penal, suponer que pueda reincidir durante la suspensión es una suposición ayuna de base empírica alguna. [...] Todos los factores aludidos deberán ser convenientemente ponderados para hacer

---

<sup>158</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 7.

razonable y controlable una decisión que, insistimos, se funda esencialmente en el pronóstico de peligrosidad criminal concreto del sujeto”<sup>159</sup>.

Desde un punto de vista metodológico, CARDENAL MONTRAVETA entiende que “aquellos elementos deberán valorarse, cuando resulten relevantes, primero atendiendo a la función de prevención especial: para determinar la peligrosidad del sujeto, la necesidad de ejecutar la pena para evitar la comisión de nuevos delitos, y los posibles efectos criminógenos de la ejecución de la pena y de las obligaciones a las que pueda condicionarse el mantenimiento de la suspensión. Los elementos mencionados en el art. 80.1 CP se valorarán luego atendiendo a la función de prevención general, para calcular, en la medida de lo posible y con la prudencia que exigen las dificultades que comporta su determinación, el saldo preventivo global de las distintas alternativas, que finalmente deberán analizarse atendiendo al principio de proporcionalidad”<sup>160</sup>.

El Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013, disponía en el apartado 4 del art. 80, que no se suspendería la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resultara necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito, es decir, que cuando se tratara de una pena de entre uno y dos años de prisión ésta no se suspendería cuando, atendiendo a consideraciones vinculadas a la prevención general, su ejecución resultara necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito, de manera que, aun cumpliéndose las condiciones necesarias previstas en el art. 80.2, se denegaría la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Se trataba de un criterio de la máxima indefinición que finalmente ha desaparecido en la LO 1/2015.

Para la eliminación de este precepto quizás se hayan tenido en cuenta las palabras que la profesora Dña. Mercedes García Arán, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, pronunció en su comparecencia ante la Comisión de Justicia, en el Congreso de los Diputados, el día 18 de febrero de 2014, para informar en relación con el Proyecto de reforma del CP, donde afirmaba que “asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito” es para la mayoría de los penalistas “una forma de neoretribucionismo; es decir, la norma hay que aplicarla para confirmar la norma, con lo cual, dejamos de lado todas esas otras finalidades históricas tradicionales de la prevención general o especial de delitos,

---

<sup>159</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, págs. 146 a 148.

<sup>160</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 315.

etcétera. La norma se autoconfirma a sí misma”. Mantiene la profesora en su intervención que no hay ningún inconveniente en admitir que ese efecto de confirmación de la norma ante los ciudadanos se tiene que producir, y que las normas se tienen que aplicar para que los ciudadanos sepan que están vigentes, pero ese problema de confirmar la norma ante los ciudadanos es un problema que compete a todo el sistema jurídico. “No podemos concentrarlo en el momento en el que se decide la suerte de un ciudadano concreto que tenemos sentado en el banquillo y sobre el que tenemos que decidir su futuro para los próximos años de su vida y hacer cargar sobre sus espaldas todo ese problema de la necesidad de confirmar la norma. En definitiva, sigue existiendo esta necesidad y, siendo legítima, el problema aparece cuando la ley permite que pase por delante u obliga a que pase por delante de la necesidad preventivo especial de las características individuales del sujeto que, entre otras cosas, es el criterio que el propio proyecto proclama como criterio general para la condena condicional”.

Finalizaba la profesora apuntando que esa necesidad de confirmar la norma, también podemos interpretarla como necesidad intimidatoria que, a su juicio, “supone una instrumentalización del reo con fines de intimidación general”. Ponía el ejemplo del Tribunal Constitucional que “hace años declaró inconstitucional el criterio de la alarma social para decidir sobre la prisión preventiva, porque la decisión que afecta a un individuo concreto no puede tomarse teniendo en cuenta las necesidades que tengamos de intimidar al resto de ciudadanos, de calmar a la alarma social, etcétera”. Pronosticaba, además, la profesora que esto de asegurar la confianza en la norma “se va a relacionar mucho con la mayor o menor presencia mediática que haya tenido aquel asunto; en los casos conocidos mediáticamente, los tribunales, los jueces estarán más inclinados a considerar que es necesario confirmar la vigencia de la norma y esto vale para todo, vale para la delincuencia marginal, vale para los personajes famosos condenados por un delito imprudente o por una imprudencia de tráfico con resultado de muerte o vale, por qué no, para casos de corrupción política, en los que, según la repercusión mediática que haya tenido el caso, posiblemente existe más tendencia a considerar que la norma necesita ser confirmada”.

Para GARCÍA ALBERO, “tan importante como lo que se afirma es lo que se omite en la reforma. La expulsión durante la tramitación parlamentaria del contenido de lo que en el Proyecto de reforma era el artículo 80 apartado cuarto, habla bien a las claras: se han orillado consideraciones vinculadas con la prevención general positiva, esto es, con necesidades de estabilización psicosocial de la validez de la norma como criterio a tener en cuenta. Un criterio indomeñable que hubiera hecho depender el sí o no de la ejecución de las particulares convicciones del juez acerca de la gravedad del

hecho, prescindiendo de la concreta pena impuesta, sobre la base de consideraciones vinculadas con el estatus social del reo, la clase de delito, el impacto mediático y la alarma social producida. En la práctica, esto hubiera supuesto la exclusión del régimen de suspensión, de los denominados delincuentes de cuello blanco, o de los condenados por delitos vinculados a la corrupción, tendencia actualmente ya perceptible en la justicia española”<sup>161</sup>.

Todos los criterios aludidos cuentan con una base objetiva y son los que se vienen utilizando en la práctica, aunque quizá habría sido conveniente incluir expresamente entre las circunstancias valorables el hecho de que el penado se haya sometido a mediación y haya alcanzado un acuerdo.

La figura de la mediación penal, a la que más adelante nos referiremos, ha sido muy valorada por los expertos comparecientes para informar sobre el Proyecto de reforma del CP, así, por ejemplo, D. Santiago Vidal i Marsal, Magistrado de lo Penal y profesor de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Barcelona, afirmaba, en su comparecencia de fecha 12 de marzo de 2014, que, aunque evidentemente habrá casos de fracaso, la mediación “ayudará muy bien en aquellos casos de éxito a autorresponsabilizar al autor de lo que ha hecho, del daño que ha causado, y ayudará, sobre todo, a que la víctima se sienta escuchada”, a que la víctima tenga la sensación de no ser solo un medio de prueba al que llaman como testigo directo del delito, manteniendo en su intervención que, a su juicio, “la víctima tiene derecho, más que a que aumentemos las penas del culpable, a que se sienta escuchada en el proceso”.

### **c) Requisitos para su aplicación**

El art. 80.2 CP establece las condiciones necesarias que deben concurrir en el penado para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, y que son las siguientes:

“1ª. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales

---

<sup>161</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 146.



correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª. Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al art. 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”.

Estas condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena no implican ningún derecho subjetivo a obtenerla, sino que se trata de unos requisitos que necesariamente se tienen que cumplir para optar a ella, de manera que si no se cumplen no puede recurrirse a este beneficio. Ahora bien, el hecho de que concurran no determina que el penado sea merecedor del mismo, sino que coloca al Tribunal en disposición de valorar su concesión o no, mediante resolución motivada, conforme a los criterios de concesión a los que hemos hecho referencia en el punto anterior.

Se trata, pues, de unos presupuestos objetivos que necesariamente han de concurrir, que buscan asegurar, por un lado que es posible alcanzar la resocialización del penado, confirmando objetivamente que se trata de un delincuente primario; por otro fijar el límite máximo de la pena que puede ser suspendida, que opera como un factor vinculado a las ideas de prevención general; y por último, la atención a la víctima o perjudicado por el delito.

Para PUENTE SEGURA “estas condiciones necesarias operan como un límite negativo a la posibilidad de acordar la suspensión, resultan ser condiciones *sine qua non*, enteramente desvinculadas o ajenas a la personalidad del delincuente y a sus mayores o menores posibilidades de “resocialización”, toda vez que se establecen con carácter general y sin posibilidad de excepción (fuera de los casos de las que llamaremos suspensiones extraordinarias)<sup>162</sup>” por lo que considera el autor que son

---

<sup>162</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución*..., pág. 77.

condiciones o requisitos que aparecen “vinculados a consideraciones relativas al plano de la prevención general. Supuesta la concurrencia de estos elementos indispensables, será el órgano jurisdiccional quien deberá valorar si en el caso concreto, con relación al condenado en concreto, resulta procedente, en atención a consideraciones situadas en el plano de la prevención especial, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta”<sup>163</sup>.

Así pues, tenemos un primer control objetivo, en el que el juez o tribunal sentenciador deberá limitarse a comprobar si concurren las condiciones objetivas necesarias para la concesión, y en caso afirmativo, un segundo control, consistente en un juicio valorativo sobre la peligrosidad del penado.

Como se ha dicho, el criterio que el art. 80 CP ofrece al tribunal para resolver sobre la suspensión de la pena, es esperar que, con el proceso y la condena, la prevención especial está cumplida, que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos, siempre que el penado sea delincuente primario, con los matices que veremos a continuación; que haya sido condenado a una pena o suma de penas no superior a los dos años; y que se garantice la indemnización a la víctima o perjudicado por el delito.

### **i. Primariedad delictiva**

El art. 80.2.1ª del reformado CP establece, entre las condiciones necesarias para que pueda ser acordada la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que el condenado haya delinquido por primera vez, aunque seguidamente matiza esta exigencia señalando que, a tal efecto, no se tendrán en cuenta las condenas anteriores por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136.

Se añade en la reforma otro matiz que entronca con la peligrosidad criminal a la que hemos aludido anteriormente, y es que tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. Es decir, los antecedentes que se han de tener en cuenta son aquellos que evidencien un pronóstico de peligrosidad futura.

---

<sup>163</sup> Ibidem, pág. 96.

Así pues, no es absolutamente necesario que la pena que se pretende suspender sea la primera condena para el penado, pues bastará con que los antecedentes penales que le consten lo sean por delitos imprudentes o leves; o que estén cancelados o sean cancelables; o que lo sean por delitos dolosos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de nuevos delitos, para que no se tengan en cuenta. A éstos, habrá que añadir, a nuestro juicio, aquellos antecedentes anteriores que, aun no siendo todavía cancelables por cualquier contingencia producida durante su ejecución, por su antigüedad, no sea razonable utilizarlos para valorar la posible peligrosidad del penado, toda vez que esa condena no guarda ninguna proximidad temporal con la que se pretende suspender.

Tales antecedentes no impiden acordar la suspensión, pero sí se tendrán en cuenta al adoptar esta decisión, en la medida en que resulten relevantes desde el punto de vista de la función de prevención general y especial. Como se indica en el Preámbulo de la LO 1/2015: “La experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitirá a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión; y que el mismo criterio debía ser aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión”.

Como se ha dicho, los delitos que se tendrán en cuenta para valorar la peligrosidad del penado, entendida como probabilidad de comisión de delitos futuros, serán aquellos delitos dolosos que, por su naturaleza o circunstancias, evidencien un pronóstico de peligrosidad futura. Delitos, hemos de entender, de escasa gravedad, pero respecto de los que el legislador no ofrece pauta o criterio alguno en orden a su identificación, no determinando ni la naturaleza ni las circunstancias que los hacen carecer de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

Delitos que GARCÍA ALBERO, identifica con aquellos delitos inaprovechables para conformar juicio de peligrosidad, “antecedentes por infracciones menos graves absolutamente heterogéneas respecto del nuevo delito cuya pena se trata de suspender,

que no revelan en consecuencia una predisposición del individuo hacia el delito, no enervan su condición funcional de primario”<sup>164</sup>.

Sobre esta excepción, apunta GOYENA HUERTA que “el propósito que se persigue es, indudablemente, loable, pues es cierto que determinados delitos dolosos (por ejemplo, ciertos delitos contra la seguridad vial o ciertas modalidades de delitos contra el honor) no siempre son reveladores de una tendencia a seguir delinquiendo en el futuro. De hecho, este mismo precepto ya venía aplicándose en la regulación histórica de la suspensión de la ejecución de las penas, al excluirse la valoración de los antecedentes penales derivados de los delitos imprudentes. El problema radica en que, en lugar de establecer un catálogo de delitos dolosos no valorables a efectos de reincidencia, el legislador ha optado por incluir una cláusula excesivamente abierta que genera una situación de inseguridad, al no establecerse siquiera cuáles son los parámetros o criterios de los que el juez o tribunal debe deducir que un concreto antecedente penal es irrelevante para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. La situación es más preocupante, si cabe, pues esa irrelevancia de las condenas anteriores puede darse incluso en aquellos casos en que existe más de un antecedente penal previo (obsérvese, que el 80.2.1ª CP se refiere a “antecedentes penales correspondientes a delitos” en plural)”<sup>165</sup>.

TAMARIT SUMALLA entiende que “se elimina el rígido obstáculo hasta el momento existente para que pudiera acordarse la suspensión de penas en casos en los que la misma podría tener todo su sentido político-criminal y criminológico pese a no ser el delincuente estrictamente primario. Los ejemplos podrían ser muchos, siendo los más ilustrativos aquellos en los que pueda existir una previa condena por un delito de naturaleza diversa al que ha motivado la posterior condena, de modo que no quepa establecer una vinculación entre los diversos hechos y de ellos con una posible trayectoria criminal o un riesgo de reincidencia: así, el sujeto condenado por un delito patrimonial o contra la administración pública que tenga como antecedente una condena por un delito contra la seguridad vial”<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 149.

<sup>165</sup> GOYENA HUERTA, J., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* nº 38, abril-junio 2015, pág. 4.

<sup>166</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, 7ª Edición, Cizur Menor, 2016, pág. 635.

Podemos pensar, pues, que tendrán relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros, los antecedentes penales correspondientes a delitos de naturaleza similar o análoga con el delito que se pretende suspender, es decir, aquéllos que estén incluidos en un mismo título del Código Penal.

Por el contrario, quedarían excluidos los delitos de naturaleza no similar o análoga, y aquéllos que, estando o no incluidos en el mismo título, se hayan cometido bajo las circunstancias atenuantes previstas en el Código Penal. Como apunta BARQUÍN SANZ, “esta previsión puede encontrar un campo natural de aplicación en aquellos supuestos en los que los antecedentes penales estén vinculados a penas de escasa entidad, particularmente, si no conllevan pena de prisión, y/o a hechos cometidos cuando el sujeto era muy joven, apenas superada la frontera cronológica entre el derecho penal de menores y el de adultos, o incluso en casos en los que el plazo para la cancelación de antecedentes penales estuviera casi cumplido”<sup>167</sup>.

GOYENA HUERTA entiende que “Mutatis mutandis puede aplicarse en esta materia el corpus doctrinal elaborado por la Jurisprudencia en relación al concepto «misma naturaleza» que se emplea en el artículo 22.8ª CP respecto de la reincidencia. Así, la Jurisprudencia estima que se da la igualdad de naturalezas cuando concurre una doble identidad: de bien jurídico protegido y del modo de ataque concreto que ha sufrido aquél (cfr. STS 30 de septiembre de 2003 [RJ2003, 7212]). La STS 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7615) da un paso más e interpreta que la identidad del modo de ataque existe cuando, «morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera».

La Jurisprudencia ha considerado de la misma naturaleza: robo con violencia y robo con fuerza (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000 [JUR 2002, 77551]); subtipos agravados respecto del tipo ordinario (STS 16 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10771]); robo con fuerza o hurto, respecto de robo y hurto de uso, respectivamente (STS 5 de febrero de 1999 [RJ 1999, 290]).

Son de distinta naturaleza: robo y estafa (STS 17 de octubre de 1998 [RJ 1998, 6879]); alzamiento de bienes y apropiación indebida (STS 5 de octubre de 2006 [RJ 2006, 7615]); hurto y estafa (STS 8 de junio de 2004 [RJ 2005, 2291]); robo con

---

<sup>167</sup> BARQUÍN SANZ, J., “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 230.

violencia o intimidación, y robo de uso (STS 15 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 844])”<sup>168</sup>.

**a’) En qué momento concreto debe concurrir el requisito de haber delinquido por primera vez**

La exigencia de que el condenado “haya delinquido por primera vez” obliga a determinar, en primer lugar, en qué concreto momento habrá de concurrir esta circunstancia: si al tiempo de cometer el delito cuya pena se pretende suspender; o en el momento de decidir sobre la misma.

Para responder a esta cuestión es cita ineludible la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1994, que señala: “El primer requisito exigido por el artículo 93 (naturalmente aplicaba legislación ya no vigente) es que el reo haya delinquido por primera vez, lo que hemos de interpretar en el sentido de que para denegar la aplicación de la remisión condicional por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito, salvo que haya sido cancelado o sea cancelable el correspondiente antecedente penal” (el texto entre paréntesis es nuestro)<sup>169</sup>.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su Consulta 4/1999, argumenta que: “El principio de presunción de inocencia impone como elemental exigencia que en tanto no exista un pronunciamiento judicial firme no quepa considerar que una persona ha cometido un determinado delito”; y concluye que: “la denegación de la suspensión de la ejecución de la condena por incumplimiento del primer requisito del art. 81 exige la existencia de una anterior sentencia penal firme condenatoria por delito doloso no cancelado o susceptible de cancelación”<sup>170</sup>.

Para GARCÍA SAN MARTÍN el referente temporal con respecto al que habrá de dilucidarse si concurre o no el presupuesto de primariedad delictiva también es el momento de comisión de los hechos que dio lugar a la imposición de la pena cuya

---

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> STS, Sala 2ª, núm. 2134/1994, de 7 de diciembre, RJ\1994\10070.

<sup>170</sup> Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, sobre algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, págs. 2 y 9.

suspensión de su ejecución se pretende, “por cuanto se trata del único referente que pende en exclusiva de las acciones u omisiones del reo, y no de la combinación de éstas con factores ajenos y dependientes de la mayor o menor agilización de los procesos o el mejor o peor funcionamiento de la administración de justicia”<sup>171</sup>.

De manera que, al exigir el art. 80.2.1ª CP que el condenado haya delinquido por primera vez, debe entenderse que sucede así cuando al tiempo de cometer el delito no hubiera sido ya condenado ejecutoriamente por otro. La LO 1/2015 equipara los antecedentes penales españoles a los correspondientes a condenas impuestas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea, a los efectos de resolver sobre la concurrencia de la agravante de reincidencia o la suspensión de la ejecución de la pena, conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI, o su posible revocación, añadiendo un nuevo art. 94 bis al Código Penal, con el siguiente contenido: “A los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español”.

Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones penales en la Unión Europea, que transpone al ordenamiento jurídico español la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros, supone, como expresa el Preámbulo de la misma, “la consagración del principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la condena. Esa toma en consideración queda limitada en sus efectos a los que hubiera tenido una condena dictada en España y, además, sujeta al requisito de

---

<sup>171</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, adaptado a la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ed. Dykinson, D.L., Madrid, 2015, pág. 31.

que la condena en otro Estado miembro hubiera sido impuesta por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión. El reconocimiento de efectos alcanza no solamente al momento de imposición de la pena, sino que se extiende a las resoluciones que deban adoptarse en la fase de investigación del delito o en la de la ejecución de la pena, por ejemplo, cuando se resuelva sobre la prisión preventiva de un sospechoso, sobre la cuantía de su fianza, la determinación de la pena, la suspensión de la ejecución de una pena o la revocación de la misma, o la concesión de la libertad condicional”.

Por consiguiente, deberán ser tenidas en cuenta a los efectos del cumplimiento de la exigencia contemplada en el art. 80.2.1ª, exclusivamente las sentencias condenatorias y firmes por delito doloso que existan en el momento de cometer el nuevo hecho delictivo. Como expresaba la STS de 17 de julio de 2000, “La expresión «que el reo haya delinquido por primera vez», recogida en el art. 93 CP/1973 para definir el primer requisito que se exige para la aplicación de la remisión condicional, ha venido refiriéndose, según práctica constante de nuestros juzgados y tribunales, a aquellos casos en los que hay una sentencia firme condenatoria, pues sólo la existencia de una condena firme por delito doloso impedía la aplicación de la remisión condicional, no el hecho de haberse cometido un delito que es sancionado después de la comisión de aquel para el que la citada remisión se aplica [...] Sólo puede decirse que se ha delinquido cuando hay una sentencia firme que así lo establece. Únicamente entonces el haber cometido un delito puede tener relevancia jurídica, en este caso para impedir la aplicación de la remisión condicional. No basta haberse realizado el hecho que después es sancionado como delito”<sup>172</sup>.

Más recientemente, el Auto de la AP de Sevilla de 30 de octubre de 2006 señalaba que: “En los frecuentes casos, como el de autos, en los que, por diferencias de celeridad en la tramitación de las causas o por la proximidad temporal de las infracciones, la condena firme por el primer delito recae con posterioridad a la comisión del segundo, cabe plantearse si el requisito legal de “haber delinquido por primera vez” refiere la primariedad a la estricta inexistencia de infracciones anteriores, aun no condenadas, o a no haber recibido con anterioridad la conminación de la pena. Creemos que la respuesta más congruente con el fundamento y finalidad político-criminal del

---

<sup>172</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1196/2000, de 17 de julio, RJ\2000\7112.



beneficio de suspensión es la segunda, aunque no sea la que mejor se ajusta a la dicción literal de la norma.

Ciertamente, es obvio que las sentencias penales no tienen carácter declarativo, de modo que el delito anterior existía ya en la fecha de comisión del posterior, aunque el primero no hubiese sido todavía objeto de condena. Pero si la institución de la suspensión se fundamenta en la suficiencia preventivo-especial de la mera amenaza de ejecutar la pena, y la limitación del beneficio a los delincuentes primarios se funda en que la reiteración delictiva demuestra la ineficacia de esa sola amenaza, lo importante en este tipo de casos es que antes de la comisión del segundo delito el sujeto no había recibido una intimidación previa del sistema de justicia penal. Por lo tanto, las condenas posteriores al segundo delito por hechos anteriores al mismo no deben computarse para determinar la concurrencia del requisito legal de primariedad, sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta -al igual que las condenas por delitos posteriores- a la hora de resolver discrecional y motivadamente sobre la suspensión, como factores indicativos de la peligrosidad del sujeto o de la inconveniencia preventivo-especial de la suspensión.

En la misma línea que aquí se sostiene parece moverse la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1963, cuando señala que: "no puede decirse que [la condenada] no sea delincuente primaria [...] puesto que no hay constancia de que haya sufrido condena alguna con anterioridad". Y, más recientemente y con mayor claridad, la sentencia del mismo Tribunal de 7 de diciembre de 1994, a cuyo tenor "el primer requisito exigido por el artículo 93 [del Código Penal anterior] es que el reo haya delinquido por primera vez, lo que hemos de interpretar en el sentido de que para denegar la aplicación de la condena condicional por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito [doloso], salvo que haya sido cancelado o sea cancelable el correspondiente antecedente penal" (énfasis añadido)<sup>173</sup>.

Advierte PUENTE SEGURA de la "disfunción" que aporta el hecho de que la condición de delincuente primario se erija como elemento indispensable para que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad pueda ser acordada, pues "cuando nos encontramos ante dos hechos delictivos, cometidos en momentos distintos

---

<sup>173</sup> AAP de Sevilla, Sec. 4ª, núm. 569/2006, de 30 de octubre, JUR\2007\12341.

por una misma persona y juzgados también en diferentes procedimientos, resulta perfectamente posible que en uno y en otro el sujeto condenado resulte “delincuente primario” a los efectos que aquí se analizan y pueda, en consecuencia, optar a la suspensión de la ejecución de ambas penas. Será suficiente para ello con que al tiempo de cometerse el segundo delito no hubiera recaído todavía sentencia condenatoria firme respecto al primero. En tal hipótesis, la condena impuesta por el primer delito (por ejemplo, dos años de prisión) recaería, evidentemente, sobre un delincuente primario. Pero la sentencia condenatoria impuesta como consecuencia de la comisión del segundo delito (nuevamente, por hipótesis, dos años de prisión) recaería también sobre un “delincuente primario” en la medida en que al cometerse el segundo delito no se habría pronunciado todavía sentencia firme condenatoria como consecuencia del primero”<sup>174</sup>.

Coincidimos con GARCÍA SAN MARTÍN, que sostiene que: “no habrán de ser tenidas en consideración, a efectos de la concurrencia del citado presupuesto, aquellas sentencias que adquieran firmeza con posterioridad a la fecha de comisión de los hechos de que trae causa la pena cuya suspensión de su ejecución se pretende. Esta solución, al igual que acaecería de optar por cualesquiera de las otras soluciones posibles, es susceptible de generar en la praxis diversas disfunciones, fundamentalmente devenidas o acentuadas por la dilación en el enjuiciamiento o en la tramitación de las correspondientes ejecutorias, en orden a la determinación de la concurrencia del referenciado presupuesto; así, en aquellos supuestos en los que se cometen por el mismo autor dos hechos delictivos diferenciados en el tiempo y seguidos en procedimientos no acumulados, de sentenciarse y declararse la firmeza del cometido en primer lugar con posterioridad a sentenciarse y declararse la firmeza del relativo al hecho cometido en segundo lugar, se produciría la paradójica aunque, a mi juicio, aceptada realidad, de considerar concurrentes en ambas ejecutorias el presupuesto de la primariedad delictiva a los efectos de la suspensión ordinaria de la ejecución de ambas penas, todo ello sin perjuicio de la oportunidad, en su caso, de considerar la denegación de tal beneficio por la razonable necesidad de su ejecución para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1 del art. 80 del Código Penal”<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, págs. 103 y 104.

<sup>175</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, págs. 32 y 33.

Como se ha dicho, para determinar si el penado es o no delincuente primario, el Juez o tribunal no tendrá en cuenta las condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, vigentes al tiempo de cometer el delito, cualquiera que sea su número, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP, aun cuando materialmente no se hubiera procedido todavía a su cancelación.

La LO 1/2015 ha suprimido las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del CP, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II reguladas como delitos leves, argumentando para ello en su Preámbulo que: “La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

A éstos, habrá que añadir aquellos antecedentes anteriores que, aun no siendo todavía cancelables por cualquier contingencia producida durante su ejecución, por su antigüedad, no sea razonable utilizarlos para valorar la posible peligrosidad del penado, toda vez que esa condena no guarda ninguna proximidad temporal con la que se pretende suspender.

En cuanto al momento en que debe valorarse si los antecedentes penales anteriores a la comisión del delito cuya suspensión se pretende son o no cancelables, el AAP de Málaga, con sede en Melilla, de 16 de enero de 2017 señala que “La dicción literal del precepto citado permite, en principio, referir el juicio tanto al momento de ejecución de los hechos objeto de la condena cuya suspensión se trata de resolver, como al momento de esa misma decisión. Cuestión que no es pacífica en nuestra doctrina jurisprudencial. Así, a propósito de la cancelación de los antecedentes penales, mientras la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, en su Auto núm. 528/2008 de 17 noviembre 2009, considera que hay que estar al momento de concesión del beneficio, por contra, otras resoluciones atienden al momento de cometerse el hecho que motivó la pena pendiente de ejecución o suspensión. Posición esta última que es mayoritaria, pudiendo citarse los Autos de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, núm. 18/2009 de 5 febrero 2009 o el Auto núm. 40/2009 de 5 marzo 2009, con cita expresa de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1994 y 26 de enero de 1999 y los autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Sección 6ª, de 14 de

octubre de 2005 (nº 649/2005, rec. 489/2005), Sevilla, Sección 1ª, de 10 de febrero de 2006 ( nº 69/2006, rec. 48/2006), y Badajoz, Sección 3ª, de 4 de agosto de 2006 (nº 170/2006, rec. 221/2006). Como hemos tenido ocasión de decir, a nuestra opinión, el último criterio es el más razonable, pues, es el que se sigue para juzgar sobre reincidencia y rehabilitación (ésta, a los efectos del artículo 81.1ª), como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, de 13 diciembre 2002<sup>176</sup>.

En el mismo sentido el AAP de Sevilla de 29 de septiembre de 2006 afirma que “aceptar que es el momento de pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y no el referido al de la comisión de hecho, cuando debe examinarse la concurrencia del requisito de la primariedad delictiva, podría suponer que se tuviera un antecedente penal en vigor al momento de cometer un hecho delictivo por el que luego se es condenado, pero que ulteriormente no podría ser tenido en cuenta por estar cancelado o ser cancelable en fase de ejecución de la pena impuesta.

Esta Sala considera que la determinación de la concurrencia del requisito de la primariedad delictiva con relación a un hecho delictivo determinado por el que se ha impuesto una pena cuya suspensión se plantea, implica la de valorar si es o no la primera vez que ha delinquido, y ese juicio de valor en pura lógica hay que entender que debe referirse al momento en que se comete ese concreto hecho delictivo.

Cabe preguntarse qué ocurriría si ese primer antecedente sirvió de base para apreciar la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal, o, sin dar lugar a esa agravante, hubiera sido tenido en cuenta en la sentencia para determinar la pena en concreto a imponer, por la vía de la aplicación de las reglas de individualización de la pena (artículo 66 CP: "circunstancias personales del delincuente"). No parece muy razonable que un antecedente pueda influir de forma tan determinante en la sentencia para decidir la pena, que en el supuesto de la apreciación de la reincidencia ésta prolonga sus efectos durante toda la ejecución, y luego no pueda ser tenido en cuenta para acordar su ejecución por el transcurso del tiempo.

Por todo ello esta Sala entiende que cuando el artículo 81 del Código Penal alude a la primariedad delictiva lo hace pensando en el momento de cometerse el hecho que motivó la pena pendiente de ejecución o suspensión y que la previsión del inciso final del artículo 81 ("a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por

---

<sup>176</sup> AAP de Málaga, Sec. 7ª sede Melilla, núm. 5/2017, de 16 de enero.

delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código") se refiere a la posibilidad de cancelación de los antecedentes existentes pero al momento en que se cometieron los hechos enjuiciados, que dieron lugar a la imposición de la pena y consiguiente en la ejecutoria en que se debate la posible suspensión"<sup>177</sup>.

Para DE PAÚL VELASCO, "no tiene sentido la discusión de si los antecedentes deben ser cancelables en la fecha de comisión del nuevo delito o en la fecha en que debe decidirse sobre la suspensión de la pena impuesta por éste, porque, conforme al artículo 136 del Código Penal, la comisión del nuevo delito interrumpe el plazo de rehabilitación del antecedente causado por el anterior, que no vuelve a correr hasta el cumplimiento de la pena impuesta por el nuevo. Otra cosa es, a partir de la reforma, que si el delito que causó el antecedente no cancelable por esa razón es muy antiguo, totalmente heterogéneo con el posterior o de escasa gravedad intrínseca, pueda juzgarse irrelevante para valorar la posibilidad de comisión de nuevos delitos, en los términos de la nueva redacción del requisito"<sup>178</sup>.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Madrid, en la Junta de Jueces para la unificación de criterios del orden penal celebrada el día 7 de junio de 2012, adoptó el siguiente acuerdo: "Es en el momento de la concesión o denegación de la suspensión cuando debe valorarse si en esa fecha los antecedentes penales son o no cancelables"; en el mismo sentido se pronuncia el Acuerdo de Magistrados de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de enero de 2013.

El Tribunal Constitucional ya alertó sobre la necesidad de valorar los antecedentes penales al tiempo de resolver sobre la suspensión en su Sentencia de 8 de octubre de 2007, diciendo: "Una resolución fundada en Derecho y motivada [...] sería aquella que, por una parte, exteriorizase las razones por las cuales entiende que concurre o no concurre el presupuesto habilitante de esta suspensión específica [...] y por otra, justificara, cuando así fuera, que, aun concurriendo tal presupuesto, resultaría improcedente la suspensión en atención a las circunstancias individuales del penado y del caso en virtud de una ponderación de los bienes e intereses en conflicto". Añade que de los razonamientos de las resoluciones impugnadas no se puede concluir que se hayan tenido en cuenta en la ponderación que realizan "las circunstancias individuales del penado en el momento en que se adoptaron, algo que en el presente caso vendría

---

<sup>177</sup> AAP de Sevilla, Sec. 1ª, núm. 430/2006, de 29 de septiembre, JUR\2007\123936.

<sup>178</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., "Comentario de urgencia sobre las modificaciones...", pág. 10.

impuesto por la exigencia constitucional de que la motivación sea concordante con los supuestos en que la Constitución permite la afectación del valor superior de la libertad, y en particular, por la necesidad de tener presente la finalidad de reinserción social de la institución, conectada con el art. 25.2 CE [...]. Siendo esto así, el órgano judicial no podía ignorar en su ponderación un dato fundamental: el lapso de tiempo transcurrido entre el dictado de la Sentencia condenatoria y la denegación de la suspensión, más de cuatro años, y lo acaecido en ese período. Un lapso de tiempo en el que el condenado había permanecido el libertad, alega no haber vuelto a delinquir (como se desprende del certificado de antecedentes penales actualizado [...] que no solicitó el órgano judicial, quien tomó exclusivamente en consideración el aportado en el año 2002) [...]. Sin embargo nada de esto fue tomado en consideración [...] cuando se denegó la suspensión”<sup>179</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia de la AP de Tarragona de 17 de noviembre de 2008, que afirma que “es criterio de esta Sala que es el momento de concesión del beneficio el que debe tenerse en cuenta para determinar si los antecedentes penales se hallan o no cancelados”<sup>180</sup>.

Es claro que la condición de delincuente primario se tiene cuando al tiempo de cometer el delito cuya suspensión se pretende el penado no hubiera sido ya condenado ejecutoriamente por otro, con las salvedades expuestas anteriormente; entonces, si la existencia de condenas anteriores en el momento de cometer el delito implica que el delincuente no es primario, y que, por tanto, está justificada la prevención especial sobre él, porque una primera condena no lo disuadió de cometer un segundo delito, tendría que ser irrelevante que en el momento de resolver sobre la suspensión el antecedente esté cancelado, porque la realidad es que tenía una condena firme en el momento de comisión del delito cuya suspensión se plantea.

Si, por otro lado, se entiende que el momento en el que hay que asegurar el cumplimiento de condiciones es el de la concesión, ¿por qué no se conduce hasta ahí la exigencia de que no haya condena firme? La interpretación que sitúa estos dos requisitos en dos momentos temporales distintos es la más beneficiosa para el reo, que tiene menos tiempo para delinquir y más para cancelar. Una interpretación *in favor libertatis* que, como señala GARCÍA ALBERO, “podría topar con la interpretación

---

<sup>179</sup> STC, Sala 2ª, núm. 222/2007, de 8 de octubre, RTC\2007\222.

<sup>180</sup> AAP de Tarragona, Sec. 2ª, núm. 528/2008, de 17 de noviembre, JUR\2009\74518.

literal de requisito (pues quien ha delinquido antes no deja de haber delinquido *antes* por el hecho de que la sentencia gane firmeza con posterioridad al nuevo hecho)”<sup>181</sup>.

A nuestro juicio, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales vigentes al tiempo de cometer el delito, si en el momento de resolver sobre la concesión o denegación de la suspensión han sido ya cancelados o hubieran podido serlo al hallarse cumplidas las condiciones prevenidas en el art. 136 CP. Y esto debe ser así, primero, por coherencia con lo dispuesto en el resto del precepto, que establece que no se tendrán en cuenta los antecedentes penales por delitos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros; circunstancia que se da cuando el antecedente penal, que estaba vigente en el momento de la comisión del hecho delictivo que dio lugar a la ejecutoria, esté cancelado o sea cancelable en el momento de decidir sobre la suspensión, puesto que habrá transcurrido el plazo previsto en el art. 136 CP sin delinquir de nuevo el penado, lo que revela la escasa peligrosidad del mismo. Además, como veremos, el juez o tribunal deberá resolver en la propia sentencia sobre la concesión o denegación del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, siempre que ello resulte posible, y en los demás casos, lo hará con la mayor urgencia una vez firme la sentencia.

Y por último, tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

Para PUENTE SEGURA la condición de delincuente primario, a los efectos de decidir sobre la procedencia de la suspensión, es un factor del que no puede prescindirse, pero que “debería incardinarse no entre las condiciones necesarias, indispensables, vinculadas a criterios de prevención general, sino entre los elementos o factores que habrán de ser valorados por el órgano jurisdiccional, una vez acreditada la existencia de las condiciones necesarias que la legislación estableciera, pero ya sobre la base de consideraciones vinculadas a la prevención especial”<sup>182</sup>.

### **b’) Las condenas por concurso de delitos**

---

<sup>181</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 150.

<sup>182</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 98-99.

A la hora de considerar si nos encontramos ante un delincuente primario, ha sido comúnmente aceptado que, en los supuestos de una condena por delito continuado o delito masa, o por varios delitos en concurso ideal o medial, la respuesta debe ser afirmativa, teniendo en cuenta la unidad de la pena resultante.

Sin embargo, algún sector de la doctrina ha rechazado esta posición con relación a los supuestos de concurso real de delitos, y así, por ejemplo MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, que consideran que: “en los supuestos de concurso real de delitos sólo cabría entender al penado delincuente primario respecto del primero de los delitos concurrentes, no del resto, a los que no se aplicaría este requisito”. Por el contrario, en los supuestos de concurso ideal de delitos, entienden estos autores, que: “dada la unidad de acción, los delitos cometidos se cometen simultáneamente, y por tanto no existe un primero que vete la posibilidad de suspensión de la pena impuesta a un segundo”<sup>183</sup>.

Para MAPELLI CAFFARENA, “cuando el reo haya cometido varios delitos espaciados en el tiempo, y éstos puedan ser tratados conforme a las reglas del concurso real sólo respecto del primero de ellos podrá decirse que se cometió sin antecedentes y aplicarle, en consecuencia, el beneficio. Si, por el contrario, los delitos cometidos guardan entre sí una concurrencia ideal, medial o se trata de un delito continuado o delito masa al ser valorados como una unidad natural de acción, el beneficio de la remisión se aplicará —en su caso— a la unidad de pena resultante. [...] La jurisprudencia sostiene una tesis diferente y considera en todo caso primariedad delictiva si en el mismo proceso se condenó al reo por distintos delitos en concurso real (STS 22 mayo 1963). En este mismo sentido, argumenta la FGE en la Consulta núm. 4 de 17 de septiembre de 1999, que *“partiendo de la necesidad de una sentencia firme... resulta indiferente la naturaleza real o ideal del concurso cometido, pues en ambos casos se trata de un delincuente primario, habida cuenta de que antes de la comisión de los hechos que integran el concurso ideal o real no existe dicha sentencia condenatoria”*. Esta situación estaría privilegiando sin justificación alguna a quien se le juzga en un solo procedimiento por distintos delitos, que no guardan entre sí relación frente a quien ya fue condenado con anterioridad”<sup>184</sup>.

Coincidimos con PUENTE SEGURA cuando dice que: “la posible aplicación de la suspensión de la ejecución de la condena en los casos de concursos reales de delitos

---

<sup>183</sup> MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...*, pág. 50.

<sup>184</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, págs. 129.



enjuiciados en un mismo procedimiento, resulta con toda claridad de lo establecido en el art. 81.2 CP (actual art. 80.2,2ª CP) cuando se refiere a que la pena impuesta, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años. Es obvio que con esta expresión el legislador únicamente puede estarse refiriendo a supuestos de pena conjunta, prisión y multa (que posteriormente resulta impagada dando lugar a la responsabilidad personal subsidiaria) y, además y fundamentalmente, a los supuestos de concurso real de delitos” (el texto entre paréntesis es nuestro)<sup>185</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia DE PAÚL VELASCO, que considera que “si se atiende a la existencia o no de condenas anteriores como dato decisivo para apreciar la primariedad delictiva, quedan resueltos de antemano los problemas de situaciones de concurso real o de mera conexidad subjetiva, es decir, aquellos supuestos en que un sujeto sin antecedentes penales es condenado en una misma sentencia por varios delitos no simultáneos. En estos casos el delincuente debe considerarse primario, sin perjuicio de que la suma de penas impuestas pueda exceder del límite suspendible y del juicio sobre su peligrosidad y sobre la suficiencia preventivo-especial de la suspensión, a la vista de ese dato y de las restantes circunstancias concurrentes”<sup>186</sup>.

Es claro que los delitos en concurso real no son independientes, y, por ello, no tiene sentido tratarlos como tal en perjuicio del reo.

Como es sabido, en un concurso real de delitos rige la regla general de la acumulación material de las penas correspondientes a las distintas infracciones penales cometidas para su cumplimiento simultáneo o sucesivo (art. 73 CP). En estos casos, al responsable se le imponen las penas que se establezcan para cada uno de los delitos, que deben cumplirse de forma conjunta o simultánea, si es posible y si no, de forma sucesiva. Así, por ejemplo, cuando en una misma sentencia se condene a un sujeto por la comisión de dos delitos a sendas penas de un año de prisión cada una, es claro que se cumple el requisito previsto en el art. 80.2.2ª CP, que hace referencia a que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, a cuyo tenor literal deberemos estar, sin que resulte necesaria la exigencia de que las penas, en caso de ser varias, hubieran sido impuestas en una misma sentencia, como establecía el tenor de la primera redacción del Código Penal, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el art. 82 CP, la suspensión de la ejecución de la pena o penas impuestas se acordará en la

---

<sup>185</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 106.

<sup>186</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, págs. 9 y 10.

propia sentencia si ello resulta posible, y en los demás casos, en auto posterior, una vez declarada la firmeza de la sentencia.

**c') ¿Deben tenerse en cuenta las condenas por delitos cometidos durante la minoría de edad del penado?**

Hay que tener en cuenta que los antecedentes penales de los menores de edad penal han de ser valorados de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ya que según el art. 19 CP y la citada Ley, desde su entrada en vigor, los menores de dieciocho años no son ya responsables criminalmente con arreglo al Código Penal vigente, sino con arreglo a la citada Ley de menores.

La Disposición Adicional Tercera de la LO 5/2000 dispone que: “En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias”.

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 20 de junio de 2002 considera que, teniendo en cuenta el artículo 2.2º CP, (que prescribe el efecto retroactivo de aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena), la Disposición Adicional Tercera de la LO 5/2000 ha de ser aplicada “con el efecto de que los delitos cometidos por M.V. cuando era menor de dieciocho años no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de acordar el cumplimiento o la suspensión de acuerdo con los artículos 80 y 81 CP [...] Ya que en virtud del efecto retroactivo de la LO 5/2000, los datos del Registro Central de Penados que se refieren a las condenas del recurrente cuando todavía no había cumplido aquella edad, han de ser valorados al igual que los del Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de dicha Ley; y por ello no pueden ser tenidos en cuenta por la Jurisdicción Penal ordinaria”<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> AAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 20 de junio de 2002, JUR\2002\251593.

Podemos afirmar, pues, que no se tendrán en cuenta a los efectos de primariedad delictiva, las condenas del penado cuando todavía era menor de edad.

## **ii. Pena privativa de libertad no superior a dos años**

El segundo requisito legal que debe cumplirse para dejar en suspenso la ejecución de la pena es que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa.

La dificultad para determinar el límite máximo de las penas que pueden ser suspendidas se centra exclusivamente en la pena de prisión, ya que el resto de penas privativas de libertad susceptibles de ser suspendidas (localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa) cuando se impongan como pena única, cumplirán siempre las exigencias del art. 80.1 CP, puesto que la localización permanente tendrá una duración máxima de hasta tres meses y en cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, el art. 50.3 CP determina que la extensión mínima de la multa será de diez días y la máxima de dos años; en consecuencia, y de acuerdo con lo establecido en el art. 53.1 CP, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa nunca podrá superar el año de extensión (un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas). En el caso de impago de una multa proporcional, tampoco se sobrepasa el límite, puesto que el art. 53.2 CP determina que la responsabilidad personal subsidiaria que pudiera establecerse no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. Cuando se trate de delitos leves, con una pena de multa de hasta tres meses, la responsabilidad personal subsidiaria por impago podrá cumplirse mediante localización permanente. En cualquier caso, el artículo 80.2.2<sup>a</sup> CP precisa que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, tanto cuando se trate de prisión como cuando se trate de localización permanente, no se computará a los efectos de determinar si la suma de las penas impuestas supera el límite de los dos años de privación de libertad.

Esta decisión ya fue defendida por la Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, cuando recordaba: “que no resulta admisible bajo ningún punto de vista que un penado a quien se le hayan impuesto dos años de prisión y multa pueda obtener la suspensión condicional de la ejecución de la pena de dos años, en función de que goce de solvencia económica para satisfacer la multa y evitar, de ese

modo, que el arresto sustitutorio engrose la pena de dos años e impida la obtención del citado beneficio por incumplimiento del requisito fijado para ello en el art. 81.2ª CP”.

Nada dice el art. 80.2.2ª CP respecto a la pena de localización permanente, que como se ha dicho puede tener una duración de hasta tres meses, y que impuesta junto con otra pena privativa de libertad, podría suponer en algún caso la superación del límite previsto de los dos años en un cómputo conjunto de todas las penas privativas de libertad. No cabe la menor duda que la localización permanente es una pena privativa de libertad sensiblemente distinta a la prisión, lo que se refleja en su régimen de cumplimiento, que se produce en el propio domicilio; sin embargo, entendemos que deberá sumarse a las demás privativas de libertad y si el resultado es superior a dos años, no será posible la suspensión de la pena por no cumplir el requisito que exige el art. 80.2.2ª CP.

Es decir, una pena de localización permanente que fuera impuesta en la misma sentencia en la que se impone una o más penas de prisión, y con cuya adición se supere el límite de dos años, excluye la concurrencia del segundo requisito legal del art. 80.2 CP; sin embargo, si el límite de los dos años es superado por la adición de una pena de localización permanente procedente de la conversión en responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa impuesta por delito leve, el citado requisito ha de entenderse concurrente. Gravosa desproporción respecto a la pena de localización permanente en uno y otro caso, que debería evitarse, y más cuando el art. 80.3 CP permite, excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del art. 80.2 CP, la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, como veremos más adelante.

La LO 1/2015 corrige y depura la redacción del art. 81 CP, proveniente de la reforma operada por la LO 15/2003, que hace referencia a que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, y recupera la versión original del Código, de que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, pero sin embargo no restablece la exigencia de que las penas, en caso de ser varias, hubieran sido impuestas en una misma sentencia, como establecía el tenor de la primera redacción del Código Penal. Y esto es así, claro está, porque, conforme a lo dispuesto en el art. 82 CP, la suspensión de la ejecución de la pena o penas impuestas se acordará en la propia sentencia si ello resulta posible, y en los demás casos, en auto posterior, una vez declarada la firmeza de la sentencia.

Cuando el Código Penal se refiere a la pena o la suma de las impuestas se está refiriendo a la que en concreto se establezca en la sentencia que se ejecuta, y no al marco abstracto previo a la individualización de la misma.

Cuando como consecuencia de la concesión de un indulto parcial, la pena inicialmente impuesta en la sentencia que se ejecuta quede reducida a otra no superior a los dos años de privación de libertad, el Tribunal Supremo, en su Auto de 29 de mayo de 2001, en el conocido “caso Marey”, entendió que sí cabía la suspensión, señalando que: “Consideramos que debemos mantener esa postura, a fin de que, en aquellos casos en que se estima equitativo acordar sólo el indulto parcial de una pena de privación de libertad superior al mencionado límite de dos años, sea posible evitar el ingreso en prisión del indultado, cuando la pena residual no supere ese límite. Estimamos que hay que dejar la puerta abierta a esa posibilidad”. Añade que “La finalidad de esta institución de la suspensión de ejecución de las sanciones privativas de libertad, [...] es permitir que, respecto de ciertas penas de prisión de corta duración, no sea forzoso el ingreso en prisión del penado cuando hay circunstancias que así lo aconsejen”<sup>188</sup>.

Lo mismo sucederá cuando la pena impuesta en una sentencia firme se vea rebajada por debajo del límite de los dos años de prisión como consecuencia de la revisión de la misma, tras un cambio legislativo. Así se pronuncian también MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ observando que: “si se revisa una sentencia y la nueva pena impuesta permite la suspensión de su ejecución, aunque la anterior no lo consintiese por su duración, nada impide que pueda ser aplicado el beneficio de la suspensión de la ejecución de la nueva pena”<sup>189</sup>.

Caso distinto es que se solicite la suspensión cuando, cumplida parte de la condena, resten por cumplir menos de dos años de prisión, o cuando por abono de la prisión preventiva sufrida, resten por cumplir menos de dos años. En estos casos no será posible acceder a la suspensión de la ejecución de la pena, puesto que para la aplicación de este beneficio, se ha de tener en cuenta la pena impuesta en sentencia, con la reducción, en su caso, por el indulto parcial concedido o por la revisión de la sentencia, y ésta ha de ser, en todo caso, inferior a los dos años de prisión.

No comparte esta opinión GARCÍA SAN MARTÍN, pues entiende que “la aceptación de la posición postulada por el Tribunal Supremo al respecto de considerar la

---

<sup>188</sup> ATS, Sala 2ª, de 29 de mayo de 2001, RJ\2001\4638.

<sup>189</sup> MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...*, pág. 53.

conurrencia del indicado presupuesto cuando el límite de dos años se deja de rebasar por la concesión de un indulto parcial, implica la aceptación de la oportunidad de entender concurrente el mismo presupuesto cuando se deja de superar el límite de dos años por la reducción que sobre la pena o la suma de las penas impuestas ha de suponer la extensión de los efectos o consecuencias de las demás circunstancias anteriormente referenciadas, tales como el abono de tiempo de prisión provisional en la duración de la pena, el cumplimiento parcial de la pena, o bien la prescripción de cualquier otra pena impuesta en la misma sentencia”<sup>190</sup>.

## **ii. Satisfacción de la responsabilidad civil**

El tercer requisito que establece el art. 80.2 CP consiste en que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al art. 127 del Código, matizando a continuación que este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

En este punto, lo primero que hemos de determinar es qué elementos deben incluirse en la categoría de “responsabilidades civiles”, y la respuesta la encontramos en el art. 110 CP que dispone que la responsabilidad civil comprende “la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales”, sin que en ningún caso puedan incluirse las demás responsabilidades pecuniarias que pudieran concretarse en la sentencia, como son las costas o la multa.

Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen; la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa; y la indemnización de perjuicios materiales y morales

---

<sup>190</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, págs. 37 y 38.

comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros (art. 111 a 113 CP).

Nos vamos a referir en adelante a las indemnizaciones pecuniarias por ser la responsabilidad civil más habitual.

Un factor importante a tener en cuenta aquí es el hecho de que la responsabilidad civil puede fijarse en la propia sentencia, siguiendo la regla general establecida en el último párrafo del art. 142 LECR, en virtud del cual “también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubiesen sido objeto del juicio”, o en el momento de su ejecución; así lo dispone el art. 115 CP: “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

Esta última posibilidad la encontramos en el ámbito del Procedimiento Abreviado, puesto que el art. 781.1 LECR permite que en el escrito de acusación se exprese la cuantía de las indemnizaciones o se fijen las bases para su determinación; además, el art. 788.1 LECR establece que “no será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma”; y finalmente, la regla 1ª del art. 794 LECR regula el incidente de concreción de la cuantía indemnizatoria en fase de ejecución.

Art. 794,1ª LECR: “Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión el Secretario judicial dará traslado a las demás para que, en el plazo común de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia. Practicada la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva”.

Obviamente, cuando la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quede diferida al trámite de ejecución, no será posible resolver en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena, debiendo entonces posponerse tal decisión hasta que se concrete aquélla.

En cualquier caso, una vez exista condena determinada respecto a la responsabilidad civil, ésta se ejecutará conforme a las normas contenidas en la LEC; así lo establece el art. 984 LECR, disponiendo que “para la ejecución de la sentencia, en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios, se aplicarán las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien será en todo caso promovida de oficio por el Juez que la dictó”.

La LO 1/2015 mantiene como tercera condición para acceder a la suspensión la de haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren impuesto, si bien suprime la salvedad que recogía el anterior art. 81.3 CP<sup>191</sup> de que el Juez o tribunal sentenciador haya declarado la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas, después de haber oído a los interesados y al Ministerio Fiscal. Y esto es así, según reza el Preámbulo, porque esa “comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia”, por ello introduce un sistema inverso al actual, que es exigir al penado el pago de la responsabilidad civil y la efectividad del decomiso acordado en sentencia, siendo la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

Esta explicación no resulta convincente para la FGE, que en el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP, considera que no es conveniente la supresión de la mención que el vigente art. 81.3<sup>a</sup> hacía a la comprobación patrimonial y declaración de insolvencia, argumentando para ello que: “en esta situación el juez o tribunal no puede otorgar directamente la suspensión condicional y convertir su impago en causa de revocación, pues entonces la satisfacción de las responsabilidades civiles deja de ser condición necesaria del disfrute del beneficio y adquiere un sentido jurídico diferente, ni puede, en sentido contrario, denegar sistemáticamente la suspensión a todo reo que no haya pagado las indemnizaciones que le correspondan, ni haya asumido un

---

<sup>191</sup> Art. 81.3<sup>a</sup> CP, en su redacción anterior a la LO 1/2015: “Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.



compromiso de pago, sin haber comprobado si ese impago es culpable o consecuencia de la alegada impotencia patrimonial del reo, pues tal decisión conllevaría una discriminación por motivos económicos. La experiencia nos dice que en este terreno es muy poco lo que se puede innovar y que la celeridad es incompatible con la motivación y razonabilidad de las decisiones judiciales”.

Que se haya suprimido esta salvedad en la redacción dada por LO 1/2015 al art. 80.2.3ª no significa, a nuestro juicio, que se excluya, pues salvo que el condenado proceda al pago inmediato de las responsabilidades civiles, será ineludible para el juez o tribunal, antes de resolver sobre la suspensión de la pena, comprobar la situación patrimonial del mismo a fin de valorar si está o no en condiciones de pagar, incluso aunque haya asumido un compromiso efectivo y realista de pago, como más adelante veremos.

Como se ha dicho, será condición necesaria para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena, haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, si bien, este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine.

De la literalidad de la condición prevista en el art. 80.2,3ª CP, que utiliza la expresión impersonal “*se hayan satisfecho*”, se desprende que no hay ningún impedimento para que las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia puedan ser satisfechas por un tercero distinto al penado. Es claro también que para que se cumpla esta condición es irrelevante que el abono de las responsabilidades civiles se haya efectuado voluntariamente o por vía de apremio, porque en ambos casos la obligación estaría cumplida. No obstante, en función de la capacidad económica del condenado, entendemos que deberá denegarse el beneficio en aquellos casos en que quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado.

De manera que, si el penado tiene capacidad económica para ello, deberá serle exigido el abono íntegro de las responsabilidades civiles, y en caso contrario, podrá asumir el compromiso de satisfacerlas de manera fraccionada<sup>192</sup> conforme al plan de

---

<sup>192</sup> Dispone el art. 125 CP que: “cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o tribunal, previa audiencia al perjudicado,

pagos que se establezca, que deberá ser adecuado con la capacidad económica del condenado, de manera que “sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine”. El Tribunal deberá exigir ciertas evidencias de la voluntad de cumplir dicho compromiso y ciertas garantías; podrá considerarse como evidencias razonables de la voluntad de pago, la presentación de bienes, la disposición de un salario que se ponga a disposición del pago, una búsqueda activa de trabajo que se acredite documentalmente, etc..

Además será necesario acudir a la pieza separada de responsabilidades pecuniarias que, conforme disponen los arts. 589 LECR para el Procedimiento Ordinario y 764 LECR para el Procedimiento Abreviado, se habrá abierto en el procedimiento para asegurar las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse procedentes; en esta pieza constará, en su caso, la fianza prestada en su día por el penado y los embargos trabados sobre sus bienes, así como el Decreto declarando la solvencia total o parcial, o insolvencia del mismo, que en la mayoría de los juzgados de instrucción se sigue dictando para concluir la pieza de responsabilidades pecuniarias antes de su remisión al juzgado o tribunal funcionalmente competente para el enjuiciamiento. No obstante, esta declaración de solvencia o insolvencia, si es que se ha dictado, no será suficiente para valorar la capacidad económica del penado, que podría haber cambiado, a mejor o a peor, sino que será necesario que el juez o tribunal oiga a los interesados y al Ministerio Fiscal, quienes podrán ofrecer nuevos datos sobre la misma. Como señala el AAP de Sevilla de 10 de octubre de 2016, “la acreditación de la falta de capacidad económica no necesariamente se producirá con la declaración de insolvencia, pues aunque la misma resulte determinante, no puede obviarse su esencia mutable, quedando sujeta a notas de provisionalidad (de ahí que se efectúe sin perjuicio de la posibilidad de devenir en mejor fortuna)”<sup>193</sup>.

El plan de pagos a que nos referimos se podrá solicitar en el propio escrito de defensa, como alternativa, por si no se acordara la absolución del acusado solicitada, en su caso, por la defensa, pudiendo la parte aportar documentación o proponer la práctica de prueba necesaria para acreditar que el plan de pagos propuesto será cumplido en el plazo que razonablemente se determine, que podría extenderse durante el periodo de suspensión; igualmente, cuando la cuantía de la responsabilidad civil sea elevada, podrá

---

podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”.

<sup>193</sup> AAP de Sevilla, Sec. 7ª, núm. 988/2016, de 10 de octubre, JUR\2017\1316.

ofrecer garantías de pago que aseguren su cumplimiento. No obstante, si el plan de pagos no se hubiera propuesto en el escrito de defensa, podrá igualmente solicitarse en el trámite de conclusiones del juicio oral. En cualquier caso, será en este momento procesal cuando se oirá a las partes sobre la suspensión de la ejecución de la pena, donde podrán alegar lo que estimen oportuno para acreditar que el penado es, o no, merecedor del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, salvo, claro está, que, ante la imposibilidad de determinar en este momento la capacidad económica del acusado, se difiera esta decisión al trámite de ejecución de sentencia, que, como veremos, será lo más habitual cuando existan responsabilidades civiles.

En el marco de las sentencias dictadas por conformidad ante el Juzgado de guardia en los juicios rápidos, el art. 801 LECR dispone que para acordar la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a estos efectos, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

No obstante lo dicho, lo cierto es que, en la práctica, esto raramente se produce, es decir, lo habitual es que cuando se impongan responsabilidades civiles, el juez o tribunal sentenciador posponga la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena para la fase de ejecución.

Como se ha dicho, teniendo en cuenta el alcance de la responsabilidad civil impuesta en la sentencia y el impacto social del delito cometido, el juez o tribunal podrá solicitar al penado que constituya las garantías que considere convenientes para asegurar el cumplimiento del compromiso adquirido; estas garantías podrían consistir en la prestación de fianza en cualquiera de las clases admitidas en Derecho, previstas en el art. 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, fianza personal, pignoratícia o hipotecaria; o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo; mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca; o por cualquier medio que, a juicio del juez o tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate, que se constituirán como verdaderas garantías de pago y no como medidas cautelares, pues obviamente no lo son.

Se tratará, pues, de garantías contraídas por el penado para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, cierta, válida y determinada, como son las responsabilidades civiles originadas; entendemos que las más eficaces para estos casos

serán la garantía personal, mediante la constitución de un contrato de fianza o aval bancario; y la garantía real, con la constitución de una hipoteca inmobiliaria.

Siendo considerada la voluntad o compromiso de pago como elemento que beneficie una suspensión de la ejecución de la pena, resulta razonable que el art. 86.1.d) CP considere como causa de revocación que el condenado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación de ofrecer una relación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados por qué personas y con qué título, impuesta en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para GARCÍA ALBERO, la referencia al artículo 589 LEC “ha de entenderse en su contexto: debe solicitarse con carácter previo a la suspensión que el sujeto afiance, o señale de no poder afianzar bienes cuyo embargo se estime suficiente para ejecutar la cuantía de responsabilidad civil, con expresión de cargas y gravámenes, o en caso de inmuebles, señalando si están ocupados, por quién y con qué título. Deferir tal requerimiento al plazo de suspensión, contentándose con un simple compromiso de hacerlo para suspender, no es razonable. Y sólo si después se acredita que la información era inexacta, o insuficiente (por haber incluido en ella bienes que no sean suyos, excluido bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesen), revocar. Lo mismo tratándose del comiso”<sup>194</sup>.

Cabe ahora preguntarnos qué pasa cuando el condenado carece de medios para satisfacer las responsabilidades civiles impuestas. Aunque el art. 80.2.3ª CP no lo prevé expresamente, del tenor literal del art. 86.1.d), que establece como causa de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena el hecho de que el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado salvo que careciera de capacidad económica para ello, se desprende que también será posible acceder al beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena aun cuando no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, cuando el penado, en el momento de resolver, acredite que no tiene capacidad económica para ello, es decir, que

---

<sup>194</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 171.

exista una situación de insolvencia real. Así pues, entendemos que no podrá denegarse el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena por el solo hecho de no tener medios económicos para ello, porque en otro caso, estaríamos ante un tratamiento desigual inaceptable, proscrito por el art. 14 de nuestra Constitución.

En el mismo sentido se pronuncia CARDENAL MONTRAVETA cuando dice que: “sin perjuicio de la posibilidad de acordar la suspensión cuando el penado asuma los compromisos antes aludidos, la exigencia de que sea razonable esperar su cumplimiento en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine aconseja que, en principio, para que pueda concederse la suspensión sin el pago de la **responsabilidad civil** exista en ese momento una situación de insolvencia real; al respecto, y en relación con el cumplimiento de tales compromisos, debe tenerse presente que “(...) la *“insolvencia” formal de un imputado o penado (declarada o no) no coincide conceptualmente con la verificación judicial de las posibilidades reales de pago del responsable a los efectos del presupuesto del art. 81.3 del CP. Y así teóricamente –y en la práctica también- es perfectamente posible el concluir por indicios (p.ej. el ritmo o tipo de vida, aficiones, etc...) que alguien tiene medios de pago, y sin embargo carecer éste de titularidades que permitan la ejecución forzosa con aparente insolvencia incluso declarada formalmente”* (AAP Castellón 2ª 37/06, 24-1). En caso de insolvencia real, es irrelevante que no se haya realizado un plan de fraccionamiento de la deuda cuando tal plan hubiera resultado ilusorio atendiendo a los ingresos del condenado (AAP Bizkaia 2ª 417/07,4-7)”<sup>195</sup>.

Señala GARCÍA SAN MARTÍN que: “prestando su compromiso de pago un insolvente, declarado judicialmente o no, que no llega a satisfacer las responsabilidades civiles como consecuencia de tal insolvencia o incapacidad económica, bien puede acceder al beneficio, concurriendo evidentemente los restantes presupuestos, y sin que le sea revocado el mismo por el ulterior y consiguiente impago; por lo que podemos, asimismo, afirmar que bien podría haberse pretendido mantener al respecto la redacción precedente, por cuanto prevenía idéntica realidad que la ahora vigente”<sup>196</sup>.

Ahora sí, en este caso, será necesario hacer referencia en la resolución que acuerda la suspensión de la ejecución de la pena, a la posibilidad de que el condenado

---

<sup>195</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 321.

<sup>196</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, pág. 39.

venga a mejor fortuna durante el tiempo de la suspensión, comprometiéndose al pago de las responsabilidades civiles en caso de que así fuere.

Una vez acordada la suspensión de la ejecución de la pena, tras acreditarse la incapacidad del penado para hacer frente a las responsabilidades civiles que le hubieren sido impuestas, si éste viniera a mejor fortuna, la ejecución de los pronunciamientos civiles deberá seguirse por sus cauces ordinarios, pudiendo revocarse la suspensión de la ejecución de la pena en el caso de que el penado lo ocultare o incumpliere el compromiso de pago.

Como afirma la AP de Santa Cruz de Tenerife en su auto de 6 de octubre de 2016, “ni la remisión definitiva acordada de la pena ni la también acordada declaración de insolvencia del penado (siempre entendida salvo mejor fortuna del mismo) impiden la legítima prosecución, en su caso, de la ejecución respecto del mismo en lo referente al pago del importe de la indemnización civil restante, para el caso de que, en efecto, se aporten elementos de juicio que permitan al órgano ejecutante reconsiderar la insolvencia ahora declarada”<sup>197</sup>.

Cabe ahora preguntarse durante cuánto tiempo se mantiene esta posibilidad. Por regla general, la jurisprudencia menor ha entendido que el plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito es el previsto en el art. 1964 CC para la prescripción de las acciones que no tengan plazo especial, que, tras la modificación de este artículo por parte de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es de cinco años (antes eran quince).

Así, la AP de Murcia, en su auto de 5 de junio de 2006, afirma que una vez dictada la sentencia condenatoria, y alcanzando ésta firmeza, “no cabe duda alguna que es posible extinguir la responsabilidad criminal por cualquiera de las causas del artículo 130 CP aplicable en sede de ejecución, en concreto por muerte del reo (1ª), por cumplimiento de la condena (2ª), por remisión definitiva de la pena (3ª), por indulto (4ª), por perdón del ofendido (5ª) y por prescripción de la pena (7ª). [...] Por tanto resulta claro que la extinción en sede de ejecución de sentencia firme de la responsabilidad criminal por cualquiera de las causas anteriores no produce en modo alguno la extinción de la responsabilidad civil que podrá siendo ejecutada dentro de la correspondiente ejecutoria en el proceso penal. [...] Dichas cantidades solo prescriben

---

<sup>197</sup> AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5ª, núm. 673/2016, de 7 de octubre, JUR\2017\21159.

por el transcurso del plazo general de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil, plazo que evidentemente no ha transcurrido todavía en esta ejecutoria"<sup>198</sup>. Del mismo modo, la AP de Granada en su auto de 6 de junio de 2008, dice: "el art. 1092 del Código Civil dispone que "las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal". Por ello aunque la acción civil *ex delicto* no pierda su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso penal, si la misma se ejerce en el seno de un procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena, es en el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Pues bien, el Código Penal en sus arts. 109 y ss. (como lo hacía en los arts. 19 a 22 y 101 a 111 CP 1973 ), y la LECr en los arts. 100 y ss. regulan el ejercicio de estas acciones. En ninguna de estas normas se establece un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, por lo que será de aplicación el genérico de las acciones personales, 15 años, del art. 1964 del Código Civil"<sup>199</sup>.

Radicalmente contraria a esta interpretación se postula la AP de Barcelona en su auto de 21 de marzo de 2016, al plantear el problema de si es posible hablar de prescripción de la responsabilidad civil una vez declarada en vía penal, es decir, una vez ejercitada la acción civil junto con la penal en el procedimiento correspondiente y, en caso de dar respuesta positiva a esta primera cuestión, qué plazo le correspondería de prescripción; la AP se muestra en contra de la interpretación que se viene haciendo en buena parte de la jurisprudencia menor, donde, a su juicio, "se confunde prescripción de la acción con prescripción del derecho sin apoyo legal alguno", y termina concluyendo que "no puede hablarse de prescripción de la acción civil para reclamar la responsabilidad civil, pues ésta fue ya ejercitada junto con la penal, y que, declarada dicha responsabilidad civil en sentencia, el deudor responde a partir de tal momento con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911 CC), transmitiendo a sus herederos la obligación como pasivo. Es decir, no cabe ya hablar de prescripción de la acción civil, ya ejercitada". La fundamentación para llegar a esta conclusión, parte de que los plazos de prescripción que establecen los artículos 1961 y ss. CC son plazos de prescripción de acciones, y "de esa misma naturaleza participa el plazo del artículo 1964.2º CC al que se refiere la jurisprudencia como aplicable a la reclamación de la responsabilidad civil *ex delicto*".

---

<sup>198</sup> AAP de Murcia, Sec. 5ª, núm. 101/2006, de 5 de junio, JUR\2006\253514.

<sup>199</sup> AAP de Granada, Sec. 2ª, núm. 326/2008, de 6 de junio, JUR\2009\32447.

Transcribimos a continuación, por su claridad, la argumentación del citado auto: “el artículo 1969 CC fija el *dies a quo* de la reclamación: a falta de disposición especial se computa desde que pudieron ejercitarse. Podríamos plantearnos si no sería aplicable al procedimiento penal, como regla especial frente a la general del artículo 1969 CC, la previsión del artículo 1971 CC ("El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme"), pero en todo caso ello afectaría únicamente al dictado de la correspondiente ejecutoria, paso en el que rige en el procedimiento penal el principio de actuación de oficio, sin necesidad de instancia alguna de la parte que sí puede lícitamente renunciar a la responsabilidad civil ya declarada (con todas las exigencias de voluntariedad y carácter expreso, nítido e inequívoco que exige la renuncia a un derecho). Y si relacionamos el artículo 1971 CC y el actual 518 LEC ("La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución") nos encontramos con que el plazo que se inicia a partir de la firmeza de la sentencia y hasta el despacho de ejecución no es de prescripción sino de caducidad, régimen sustancialmente diverso que corre indefectiblemente, sin posible interrupción y es apreciable de oficio también en vía civil -donde no sucede lo propio con la prescripción-.

Así y en todo caso, una vez ejercitada la acción y declarada la deuda civil *ex delicto*, el plazo de prescripción que afectaba a la primera (la acción) ya no tiene efecto alguno sobre la segunda (la deuda). Y en cuanto a ésta (la deuda declarada), el único plazo que hallamos en el procedimiento civil es el ya transcrito que afecta a la interposición de la demanda ejecutiva porque, una vez despachada ejecución (que en el procedimiento penal encontraría su trasunto en el auto incoando ejecutoria), el artículo 239 LEC excluye incluso la caducidad en la instancia por falta de impulso procesal, regulada en los artículos 237 y siguientes LEC.

Dispone aquél precepto que "La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco



años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución". Por tanto, a salvo el plazo de caducidad del artículo 518 LEC, declarada en vía civil la responsabilidad *ex delicto*, la ejecución ya iniciada proseguiría hasta la completa satisfacción del ejecutante, salvo renuncia al derecho, pudiendo darse supuestos de sucesión procesal por fallecimiento del deudor pues la deuda civil, una vez declarada, se incorpora al patrimonio del deudor quien, por efecto del artículo 1911 CC, responde a partir de tal momento de ella con sus bienes presentes y futuros. No resultaría por tanto lógico pretender que otra cosa suceda en la ejecución penal, informada por el principio de impulso de oficio ya desde la fase inicial declarativa y que parte de idénticas premisas”<sup>200</sup>.

Como se ha dicho, lo más razonable a nuestro juicio es que, existiendo responsabilidades civiles, se acuerde la suspensión de la ejecución de la pena en la sentencia, ya que, por regla general, no será posible determinar en ese momento la capacidad económica del acusado. Así, firme que sea la sentencia e incoada la correspondiente ejecutoria, se requerirá al penado para que abone las responsabilidades civiles impuestas, pudiendo realizar el pago íntegro de las mismas, o, en su defecto, solicitar el pago aplazado presentando la correspondiente propuesta; en este caso el tribunal de ejecución podrá exigir, como compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles, que a la propuesta de pago se adjunte resguardo de ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de una cantidad no inferior al tanto por ciento que se señale, o que aporte otras garantías, como se ha dicho anteriormente; obviamente, antes de decidir sobre la suspensión, se oirá a quienes hayan ejercido la acción civil durante el proceso, es decir, la víctima y el perjudicado, en su caso, para que manifieste lo que estime oportuno sobre el plan de pago propuesto; además, la víctima del delito, aunque no se haya mostrado parte en la causa, podrá facilitar al juez o tribunal de ejecución información que pueda ser relevante para resolver sobre las responsabilidades civiles o decomiso ya acordados, como veremos en epígrafes posteriores.

En la práctica judicial, el pago se realiza, preferiblemente, en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, que de esta forma controla que el plan de pagos se cumple, y, en caso de impago, puede requerir al penado para que se ponga al día en los plazos, o incluso, puede proceder al cobro por la vía de apremio si fuere necesario. No obstante, no hay ningún inconveniente para que el penado abone directamente la indemnización a la víctima o perjudicado en la cuenta que para tal fin facilite; en estos

---

<sup>200</sup> AAP de Barcelona, Sec. 21ª, de 21 de marzo de 2016, JUR\2016\71867.

casos será la propia víctima o perjudicado quien asuma el control de los pagos, comunicando al juzgado las incidencias que se produzcan en su cumplimiento hasta su finalización.

Es claro que, conforme dispone el art. 86.1.d) CP, no será causa de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena que el condenado incumpla el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, cuando haya perdido la capacidad económica para ello, circunstancia que deberá ser fehacientemente acreditada ante el juez o tribunal encargado de la ejecutoria. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Cantabria en su Auto de 22 de septiembre de 2015, diciendo que: “si bien la nueva regulación ha venido a dar cobertura legal a dicho compromiso de pago, lo cierto es que el mero incumplimiento de dicho compromiso no determina inexcusablemente la revocación del beneficio inicialmente concedido, siendo en cualquier caso necesario antes de proceder a dicha revocación, acreditar que dicho incumplimiento ha sido voluntario, esto es que el penado no ha hecho frente al compromiso asumido pese a disponer de suficientes recursos para ello, sin que por tanto proceda la revocación en aquellos supuestos en los que el incumplimiento se deba a la imposibilidad económica de los condenados. Como puede observarse tal regulación hace inexcusable efectuar siquiera una mínima averiguación patrimonial de los penados, que ponga de manifiesto su concreta capacidad económica y con ello que permita evidenciar si dicho impago ha sido o no voluntario, encontrándonos con que tal y como también alega el recurrente, en el presente caso no consta en la causa que se haya efectuado con carácter previo a dictar la resolución recurrida ningún tipo de averiguación que evidencie que el incumplimiento del compromiso de pago asumido por los acusados, se ha debido a su voluntad de hacer ineficaz el derecho de crédito de los perjudicados, constando en la causa que los condenados si bien no han cumplido dicho compromiso en los plazos que le fueron concedidos, sí que ha hecho frente a gran parte de la suma a la que fueron condenados”<sup>201</sup>.

En el mismo sentido el reciente AAP de Castellón de 12 de enero de 2017, mantiene que “del mismo modo que nada impide que acreditada la situación de insolvencia del penado en el momento de decidirse sobre la suspensión, por carecer de capacidad económica para hacer frente a las responsabilidades civiles, se le pueda conceder el beneficio sin que la insolvencia resulte obstáculo para su concesión,

---

<sup>201</sup> APP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 393/2015, de 22 de septiembre, JUR\2015\269200.

tampoco se le debe revocar cuando, como aquí sucede, pese a que se le concediera con la condición de hacer frente a las responsabilidades civiles, porque se entendiera que podría hacer frente a ellas a modo de compromiso a que se refiere el párrafo segundo del art. 80.2.3ª CP, resulte acreditada su falta de capacidad económica para satisfacerlas, que es la situación prevista en el art. 86.1.d CP como justificativa de que el incumplimiento del compromiso adquirido al respecto no opere como causa de revocación del beneficio”<sup>202</sup>.

Otra condición que exige el art. 80.2.3ª CP para dejar en suspenso la ejecución de la pena es que: “se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127”.

Dispone el art. 127 CP, que:

1.- Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2.- En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3.- Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

Lo primero que se tendrá que verificar para determinar que este requisito se cumple es si estos bienes, medios, instrumentos y ganancias decomisados en la sentencia que se ejecuta, fueron ya aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial en el momento de las primeras diligencias, conforme a lo previsto el art. 127, octies CP, que dispone: “1. A fin de garantizar la efectividad del

---

<sup>202</sup> AAP de Castellón, Sec. 1ª, núm. 13/2017, de 12 de enero, JUR\2017\42673.

decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. 2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos. 3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente” (el subrayado es nuestro).

En este caso, cuando no haya responsabilidades civiles, los bienes, instrumentos y ganancias decomisados serán adjudicados al Estado, que les dará el destino legal; y cuando sí las haya, se procederá a la realización de los mismos en los términos previstos en art. 367.3 quinquies LECR, que dispone: “La realización de los efectos judiciales<sup>203</sup> se llevará a cabo conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se concederá audiencia al Ministerio Fiscal y a los interesados. El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados” (el subrayado es nuestro).

Es claro, pues, que parte del producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias decomisados quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles, y solo en el caso de que no sea suficiente, se requerirá de pago al penado en los términos que han quedado expuestos anteriormente.

---

<sup>203</sup> Dispone el art. 367 bis LECR que: “Tendrán la consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal”.

Como dice CORELLA MIGUEL, la referencia al decomiso hecha en los artículos relativos a la suspensión es positiva, “puesto que hace recaer sobre el órgano jurisdiccional y no sobre el reo en exclusiva, la contribución al pago de la responsabilidad civil pues, en ocasiones, era fácil encontrarnos con la denegación del beneficio por no haber satisfecho ésta mientras existían bienes suficientes para afrontarla a la espera de que el Juzgado o Tribunal realizase para pago los mismos por los medios que la LEC dispone. De este modo, el tenor del precepto hace imaginar que, en tanto no se haya hecho excusión de lo obtenido mediante la realización del objeto del decomiso, no podrá concluirse que el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil y será, sólo entonces, cuando proceda denegar la suspensión, si es que falta alguna cantidad por cubrir y se constata esa voluntad rebelde y obstativa del reo por pagar”<sup>204</sup>.

Como se ha dicho, el art. 80.2.3ª CP dispone que este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine; aquí lo relevante será, además de las alegaciones que haga el penado en ese momento, que a lo largo de la tramitación del procedimiento no se hayan detectado comportamientos del reo reveladores de una voluntad obstructiva para que se lleve a efecto la intervención, depósito o embargo de los bienes y derechos aprehendidos o identificados en el curso del procedimiento, o sus correspondientes equivalentes económicos, siendo causa de revocación de la suspensión el hecho de que el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado.

Como dice GARCÍA ALBERO, “la renuncia del infractor a seguir contando en su patrimonio con las ganancias directas o indirectas procedentes de su actividad ilícita puede y debe valorarse como indicador cualificado de falta de necesidad preventivo-especial de ejecución de penal”<sup>205</sup>.

Al igual que sucede en la responsabilidad civil, el penado podrá comprometerse a entregar los efectos, bienes, instrumentos o ganancias decomisados, tanto en el escrito de defensa, como en el trámite de conclusiones del juicio oral, donde se oirá a todas las partes.

---

<sup>204</sup> CORELLA MIGUEL, J.J., “La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 8552, 2015, pág. 7.

<sup>205</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, págs. 152 y 153.

Para SÁEZ MALCEÑIDO, cuando en el fallo condenatorio, junto a una indemnización, se hubiera acordado el decomiso de efectos, teniendo en cuenta que para acceder al beneficio la norma utiliza la conjunción copulativa «y», “será preciso que los efectos estén ya materialmente incautados o, en otro caso, que el penado se obligue a hacer entrega de los mismos «en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine». Hay que reconocer que esto último presenta en la práctica ciertas complicaciones, porque si no lo hizo durante la tramitación de la causa no parece que vaya a prestarse a ello a su conclusión y, abstracto, porque a veces no se sabe muy bien de qué medios se sirvió el delincuente para perpetrar el delito o cual fue el provecho total que obtuvo, lo que dejaría en manos del mismo la decisión de qué efectos entregar, y en otras ocasiones el penado podrá afirmar que esos instrumentos ya no están en su poder, máxime si han transcurrido varios años desde que comenzó el proceso, con lo que esa sola declaración debería bastar para colmar el requisito si no es posible comprobar la realidad de lo manifestado”<sup>206</sup>.

Como decíamos al tratar las responsabilidades civiles, lo cierto es que, en la práctica, lo normal será que, cuando se impongan responsabilidades civiles y además se haya acordado el decomiso, el juez o tribunal sentenciador posponga la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena para la fase de ejecución, momento en el que oír a las partes, requerirá al penado la entrega de los bienes o efectos decomisados, ordenará la realización de los mismos, y/o requerirá al penado el pago de la indemnización que falte.

Conviene señalar por último que el requisito de satisfacción de las responsabilidades civiles tiene una regulación específica dentro de la parte especial del Código cuando se trata de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, contenida en el nuevo artículo 308 bis y sustancialmente redundante con la regulación general. El preámbulo de la LO 1/2015 no explica la razón de la introducción de este nuevo precepto, cuya clave parece estar en que se sustituye el concepto de responsabilidad civil por el de deuda tributaria o con la Seguridad Social.

Art. 308 bis CP: “1. La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas

---

<sup>206</sup> SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena”, *Diario La Ley*, nº 8583, 2015, pág. 5.

en el Capítulo III del Título III del Libro I de este Código, completadas por las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. La resolución por la que el juez o tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda.

2.<sup>a</sup> El juez o tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

2. En el supuesto del artículo 125, el juez o tribunal oirán previamente a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda, al objeto de que aporte informe patrimonial de los responsables del delito en el que se analizará la capacidad económica y patrimonial real de los responsables y se podrá incluir una propuesta de fraccionamiento acorde con dicha capacidad y con la normativa tributaria, de la Seguridad Social o de subvenciones”.

### **3. Suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años**

La LO 1/2015 contempla un régimen común o general de suspensión condicional, regulado en el apartado 2 del art. 80 CP, que hemos visto con anterioridad, y dos regímenes especiales, regulados en los apartados 3 y 5 del mismo precepto,

alusivos a un sistema “híbrido” de suspensión/sustitución, el primero, y a la ya conocida figura de la suspensión especial para drogodependientes, el segundo. Ambos asientan su carácter excepcional en el hecho de eximir, para su concesión, de la concurrencia de las condiciones 1ª y 2ª del régimen común de suspensión previsto en el art. 80.2. Pero sin embargo, sí resultará exigible el concurso de la 3ª condición, es decir, que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al art. 127.

El apartado 3 del art. 80 CP dispone: “Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84 CP. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

Artículo 84 CP: “1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2.ª El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3.ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que



pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

#### **a) Naturaleza jurídica y elemento objetivo**

Conforme a lo manifestado en el Preámbulo de la LO 1/2015, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a Jueces o Tribunales la posibilidad de moderar su importe o extensión dentro de ciertos límites.

Lo primero que llama la atención al confrontar las partes expositiva y articulada del texto es que en el Preámbulo se califica a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad como penas, lo que parece retener el genuino sentido de sustitución de penas que regía en el derogado art. 88 CP, mientras que el art. 80.3 las califica de medidas, y el art. 84 de prestaciones o medidas. Al tratarse de una modalidad de suspensión, entendemos que no se trata de una sustitución de penas, sino de una suspensión de la pena de prisión con cumplimiento de medidas.

En el mismo sentido se pronuncian TAMARIT SUMALLA, que afirma que “el art. 80.3 prevé la imposición de medidas y no de penas”<sup>207</sup> y GARCÍA ALBERO, que entiende que “no se trata pues de una pena sustituida por otra sustitutiva. Se trata de simple suspensión de pena condicionada a ulteriores medidas”<sup>208</sup>.

Por el contrario, BARQUÍN SANZ considera que “esas figuras que el legislador denomina ahora “prestaciones o medidas” (y, por tanto, no expresamente “penas”) sí que son penas en los casos de las dos más relevantes y de obligada imposición alternativa: multa y trabajos en beneficio de la comunidad. Es decir, la naturaleza de la sustitución no muda”<sup>209</sup>.

El art. 88 CP regulaba la sustitución de penas cortas de prisión, de hasta dos años, por otras penas menos lesivas para los bienes jurídicos de la persona condenada, normalmente por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad.

---

<sup>207</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 638.

<sup>208</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 154.

<sup>209</sup> BARQUÍN SANZ, J., “De las formas sustitutivas de la pena...”, pág. 234.

Art. 88 CP (derogado):

“1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa. En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”.

En esta sustitución no se prescindía de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino que se optaba por ejecutar otra distinta a la pena de prisión inicialmente

impuesta, por lo tanto su naturaleza era distinta a la suspensión, con unas consecuencias claramente diferentes, pues mientras que la sustitución permitía al penado extinguir la responsabilidad penal de manera inmediata, la suspensión le supone el sometimiento, durante un plazo de dos a cinco años, a una serie de condiciones, entre las que se encuentra la de no delinquir.

Como se ha dicho, este régimen de sustitución pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal acordará la imposición, como sustitutivo, de una pena/medida de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya extensión se determinará en atención a las circunstancias del caso; es decir, se trata de un sistema “híbrido”, en el que una porción de la pena, con un tope mínimo de un quinto y uno máximo de dos tercios de la pena impuesta, se sustituye por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y el resto se suspende por un plazo de dos a cinco años; pero la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad no son penas que sustituyan a otra pena, sino que son medidas o prestaciones condicionantes de la suspensión, de manera que su incumplimiento grave y reiterado dará lugar a la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta, a la que se abonarán los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos por el penado, de la misma forma que la prisión preventiva se abona a la pena de prisión.

Son dos las circunstancias esenciales que deben ser destacadas por lo que respecta al elemento objetivo de esta suspensión sustitutiva; en primer lugar, la naturaleza de las penas a suspender que, a diferencia de lo que sucede con la suspensión ordinaria, se reduce a las penas de prisión, quedando fuera de esta posibilidad la pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, lo que no tiene ninguna justificación; en segundo lugar, su extensión, ya que debe tratarse de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años.

Cuando el acusado haya sido condenado en la misma sentencia por diversos delitos, unos con penas que individualmente no superan los dos años de prisión y otros con penas individualmente superiores a ese límite, ¿Cabría la aplicación de la suspensión extraordinaria respecto a esos delitos condenados individualmente con penas no superiores a dos años, ejecutándose la condena y cumplimiento de las penas privativas de libertad respecto a aquellos otros delitos condenados individualmente a penas superiores a dos años? A esta pregunta la Audiencia Provincial de Valladolid ha

contestado en su Acuerdo de 7 de enero de 2016 que “no procede aplicar la suspensión extraordinaria respecto a tales delitos castigados individualmente con penas de prisión no superiores a dos años.

La norma del art. 80.3 del Código Penal, solo prevé para la posible concesión de este beneficio que cada una de las penas impuestas en la misma sentencia, no superen individualmente los dos años de prisión, sin que el legislador haya pretendido ampliar este beneficio extraordinario a más supuestos”.

No es razonable pensar que pueda suspenderse la ejecución de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años impuestas en una misma sentencia, y no pueda suspenderse la localización permanente o la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, impuestas en la misma sentencia, por lo que entendemos, al igual que lo hace CARDENAL MONTRAVETA, que “la referencia exclusiva a la suspensión de las penas de prisión no impide aplicar esta regulación por analogía y suspender la ejecución de otras penas privativas de libertad”<sup>210</sup>.

Se trata, a nuestro juicio, de una modalidad de suspensión de carácter excepcional, que puede acordarse en dos supuestos en los que no sería posible la suspensión ordinaria, pero que, sin embargo, las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, sí que aconsejarían su concesión, por entender que no sería necesario el cumplimiento efectivo de la pena de prisión para asegurar el efecto preventivo especial de la condena en el penado, siempre, claro está, que no sea reo habitual en los términos que luego veremos. Estos supuestos son los siguientes:

1º. Cuando no se cumplan ni la 1ª ni la 2ª condición del art. 80.2 CP, es decir, cuando el penado no sea delincuente primario, y haya sido condenado a penas que, sumadas, superan los dos años de prisión, pero que individualmente no exceden de dicho límite.

En ese primer supuesto debe incluirse cuando no se cumpla la 1ª condición pero sí la 2ª del art. 80.2 CP, es decir, cuando el penado no sea delincuente primario, y haya sido condenado a una pena no superior a dos años de prisión, o a penas que sumadas no

---

<sup>210</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 322.

superan ese límite, pues, en este caso, se cumple el requisito de que las penas, individualmente, no exceden de dos años.

2º. Cuando sí se cumpla la 1ª condición pero no la 2ª del art. 80.2 CP, es decir, cuando el penado delincuente primario, haya sido condenado a penas que, sumadas, superan los dos años de prisión, pero que individualmente no exceden de dicho límite.

Recordemos que el Código Penal clasifica como pena leve la localización permanente de un día a tres meses; que podrá ser impuesta como pena principal en determinados delitos leves, con una duración de 5 a 30 días; que podrá cumplirse como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa cuando se trate de delitos leves, es decir, multa inferior a tres meses; y que podrá imponerse en sustitución de una pena de prisión inferior a tres meses.

En estos casos, si alguna de las penas incluidas en la suma de las impuestas fuera la de localización permanente, pensamos que no existe ninguna razón que impida su suspensión junto con las de prisión, pues no sería razonable tener que ejecutar esta pena por no cumplirse la condición 1ª (primariedad delictiva), o la 2ª (límite temporal), que el art. 80.2 CP exige para la suspensión ordinaria, cuando las penas de prisión sí se suspenden.

Por la misma razón, tampoco sería razonable ejecutar la pena de localización permanente cuando fuera la única impuesta y el penado no fuera delincuente primario; pues, sería totalmente injustificado que, en las mismas condiciones, sí se pudiera suspender una pena de prisión de hasta dos años de duración, y, por el contrario, se tuviera que cumplir una de localización permanente de, por ejemplo, 30 días de duración.

En cuanto a una eventual pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la cosa es distinta, porque someter la responsabilidad a este régimen de suspensión implica que la única medida que puede acordarse es la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que el reo que no consienta se queda sin alternativa. Obviamente, esta es una razón de peso para no incluir la responsabilidad en un tipo de suspensión que exige la imposición de una de estas dos medidas (multa o trabajos en beneficio de la comunidad).

Sin embargo, al igual que la localización permanente, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa debería también suspenderse, pues, sería

totalmente injustificado que, en las mismas condiciones (única pena impuesta y no delincuente primario), sí se pudiera suspender una pena de prisión de hasta dos años de duración, y, por el contrario, se tuviera que cumplir una de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que, en cualquier caso, nunca superaría el límite de dos años, ya se cumpla como prisión, ya como localización permanente.

Como se ha dicho, cuando junto a una pena prisión que individualmente no supere los dos años de prisión, se haya impuesto otra de localización permanente, no habrá ningún problema en incluirla en este tipo de suspensión, puesto nada impide la imposición de cualquiera de las dos medidas (multa o trabajos en beneficio de la comunidad) que exige el precepto. Sin embargo, cuando la pena que acompañe a la prisión sea la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, se planteará el problema expuesto con anterioridad, pues, la única medida que podrá acordarse será la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que el condenado que no consienta se quedará sin alternativa, y por ello, excluido de la suspensión de la pena.

Obviamente, esta situación no será habitual, porque el condenado seguramente preferirá la realización de trabajos en beneficio de la comunidad que tener que cumplir la pena privativa de libertad. No obstante, que el legislador haya excluido las penas de localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de este tipo de suspensión sustitutiva no nos parece lo más favorable para penado. Quizás lo ha hecho como reminiscencia al derogado art. 88 CP, que regulaba los regímenes de sustitución de las penas de prisión.

En efecto, el derogado art. 88 CP contenía dos regímenes de sustitución, uno ordinario y otro extraordinario, de manera que, en principio, sólo podían ser sustituidas las penas de prisión que no excedieran de un año, aunque, con carácter excepcional, podían serlo también las que no excedieran de dos, siempre y cuando de las circunstancias del hecho y del culpable, se infiriera que el cumplimiento de la pena habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. Esta distinción resultaba inútil, puesto que el juicio de pronóstico negativo referido a la posibilidad de que el cumplimiento efectivo de la pena frustre la finalidad de reinserción social perseguida, difícilmente podría hacerse sobre la base de consideraciones que no fueran “las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado” que eran, precisamente, los parámetros que había que tener en cuenta para acordar la sustitución en el régimen ordinario. La

reforma unifica el plazo de duración de la pena suspendible, que fija en dos años, lo que nos merece un juicio positivo.

Así pues, son susceptibles de suspensión las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, de manera que podrán ser suspendidas las penas que en su conjunto excedan de dos años pero que individualmente no rebasen ese límite; con esta redacción se da respuesta expresa a una cuestión que, respecto a la sustitución regulada en el derogado art. 88 CP, ha dado lugar a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales discrepantes; la reforma acoge la tesis mayoritaria, permitiendo la suspensión sustitutiva de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años.

#### **b) Elemento subjetivo**

El elemento subjetivo en esta suspensión es que no se trate de reos habituales. Para alcanzar el concepto de lo que debemos entender por reo habitual, hemos de acudir al art. 94 CP que lo define: “A los efectos previsto en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales, los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y que hayan sido condenados por ello”.

A este respecto, señala CARDENAL MONTRAVETA que: “se define aquí el concepto de reo habitual “a los efectos previstos en la sección 2ª”, que estaba formada por los arts. 88 y 89. Sólo el primero se refería a los reos habituales y ha sido suprimido por la LO 1/2015, al unificarse en los arts. 80 a 87 el régimen jurídico de la suspensión y la sustitución. La referencia a los reos habituales como circunstancia que excluye la posibilidad de suspender de la ejecución de las penas se encuentra ahora en el art. 80.3, que no remite expresamente a la definición que ofrece el art. 94. Por lo tanto, esta definición ya no resulta vinculante, pero está clara la voluntad del legislador de definir aquí el concepto de reo habitual a los efectos de lo dispuesto en el art. 80.3, lo cual aconseja acoger tal definición”<sup>211</sup>. Para TAMARIT SUMALLA, “la necesidad de que el

---

<sup>211</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 363.

penado no tenga la condición de habitual es un requisito que debe interpretarse en el sentido del art. 94”<sup>212</sup>.

El concepto de reo habitual no guarda, en principio, relación con la definición de reincidencia contenida en el art. 22.8ª CP, que establece que: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves”. Aunque es fácil que el reo habitual sea reincidente, porque los delitos de la misma naturaleza suelen estar en el mismo capítulo.

Para realizar este cómputo, el propio art. 94 CP determina que: “se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión *o sustitución de la pena conforme al artículo 88*<sup>213</sup> y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”.

Para que pueda reputarse al condenado como “reo habitual”, resulta necesario que éste hubiese sido condenado por tres o más delitos, dividiéndose la doctrina entre los que entienden que el tercer delito que transforma el reo en habitual es precisamente el que se trata de sustituir, y los que consideran que en esos tres delitos no ha de incluirse aquél cuya pena se trata de sustituir.

Entre los primeros, cabe citar, por ejemplo, el Acuerdo de unificación de criterios del Pleno de Magistrados de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de junio de 2009, al que alude la sección 3ª en su auto de 1 de abril de 2016, diciendo que: “el Acuerdo de unificación de criterios establecido por todas las Secciones de esta Audiencia Provincial de Cantabria tras el Pleno de Magistrados de fecha 25 de junio de 2009 entendía en interpretación del artículo 94 del Código Penal en relación con el artículo 88 del citado texto legal que, «2. Entre los "tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo" a que alude dicho párrafo ***se ha de entender incluido el delito que ha sido objeto de condena*** y en cuya ejecutoria se pretende la sustitución del artículo 88 del Código Penal”<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 637.

<sup>213</sup> Referencia hecha al art. 88 del CP anterior a la reforma. La cursiva es nuestra.

<sup>214</sup> AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 163/2016, de 1 de abril, JUR\2016\170254.



En el mismo sentido se expresaba la citada sección tercera de la AP de Cantabria en su auto de 3 de septiembre de 2015, añadiendo que: “El cómputo se hace partiendo como *dies a quo* hacia atrás de la fecha en la que se toma la decisión relativa a suspensión y teniendo como *dies ad quem* el mismo día cinco años antes. Lo que ha de valorarse es la fecha **de comisión** de los delitos. Y ha de contabilizarse el delito cuya pena se ejecuta”<sup>215</sup>.

También se pronunciaba en estos términos la Audiencia Provincial de Madrid en sus Acuerdos de unificación de criterios del orden penal de 29 de mayo de 2004, estableciendo que: “Para el cómputo del plazo de los cinco años, el *dies a quo* debe estar referido a la fecha de comisión de los hechos, que desplaza a la de las condenas. Y la fecha en que se dirime la concesión de la suspensión o de la sustitución parece la más idónea para establecer el término final de los cinco años.

No hay inconveniente en incluir como delitos computables para el concepto de habitualidad los que son objeto de la condena que se está ejecutando, siempre que haya otras condenas anteriores que permitan respetar el concepto criminológico de habitualidad.”

No obstante, la doctrina mayoritaria, a la que nos sumamos, considera que únicamente podrá ser calificado como reo habitual aquel condenado que, sin computar la pena de cuya sustitución se trata, lo hubiera sido previamente como autor de tres delitos comprendidos en el mismo capítulo. Una poderosa razón para sostener esta posición la encontramos en el art. 82 CP, que establece que el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible; en los demás casos, se pronunciará sobre su concesión una vez declarara la firmeza de la sentencia. Para POZA CISNEROS, “si se entendiese que en el cómputo de los tres delitos se incluye aquél cuya pena se trata de sustituir, la concurrencia o no del requisito dependería de algo tan aleatorio como el momento de tomar la decisión al respecto: si se acordase en sentencia, podría acordarse la sustitución, en tanto que no existiría esa tercera condena firme; si se pretendiese la sustitución después de la firmeza, ya no concurriría el requisito y habría que denegarse la sustitución”<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 370/2015, de 3 de septiembre, JUR\2015\271246.

<sup>216</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal” en *Manuales de Formación Continuada del CGPJ*, 4, Madrid, 1999, pág. 280-281.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 29 de mayo de 2012, observando que: “una interpretación sistemática del precepto, conduce a concluir que en el cómputo de los tres delitos cometidos en el plazo de cinco años y por los que debe haber sido condenado el sujeto para ser considerado “reo habitual” no debe incluirse la condena por la causa en la que la sustitución se solicita. Obsérvese que el artículo 88 del CP de modo contundente y claro señala que la aplicación de la sustitución de la pena deberá acordarse por el Juez o tribunal en la misma sentencia o, posteriormente en auto motivado [...], por lo que, si el beneficio puede acordarse en sentencia que naturalmente puede no ser firme (y por lo tanto el reo “no ha sido aún condenado” por los hechos) la lógica conduce a concluir a favor del reo que la condición de reo habitual, que traba *ex lege*, la sustitución se adquiere cuando en cinco años, además de aquel delito por cuya pena se pretende el beneficio, ha sido condenado por otros tres delitos contemplados en el mismo capítulo del CP.

A lo expuesto no es obstáculo lo dispuesto en el párrafo último del artículo 94 CP (“para realizar el cómputo se consideraran por una parte el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”) puesto que, por lo que expresábamos en el párrafo anterior, el momento de posible sustitución lo es en sentencia (que puede ser no firme) o antes de dar inicio a la ejecución, es decir, a partir del momento mismo en que la sentencia deviene firme, sin que, contra reo, puedan contabilizarse aquellas sentencias condenatorias posteriores en supuestos en los que entre la firmeza y la ejecución (material) haya transcurrido un periodo dilatado de tiempo”<sup>217</sup>.

Se exige además que los tres o más delitos condenados anteriormente sean del mismo capítulo del Código Penal, si son delitos recogidos en distintos capítulos no es reo habitual; sirva de ejemplo la argumentación que, a este respecto, hace la Audiencia Provincial de Pontevedra en su Auto de 19 de junio de 2009: “el auto apelado establece que el recurrente es reo habitual porque ha sido condenado en tres ocasiones por delitos comprendidos en el mismo capítulo (delitos del artículo 384 CP) [...]. En el caso que nos ocupa las condenas consideradas por la Juez de lo Penal corresponden a hechos cometidos dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la pretensión de sustitución, pero resulta que la pena cuya suspensión se pretende no fue impuesta por un delito

---

<sup>217</sup> AAP de Barcelona, Sec. 2ª, núm. 472/2012, de 29 de mayo, JUR\2012\268674.

comprendido en el mismo capítulo con respecto a aquellos de las condenas anteriores y ni siquiera en el mismo título, sino por un delito de resistencia, por lo que en relación a este delito el penado no es reo habitual, pues, las tres condenas deben serlo por delitos comprendidos en el mismo capítulo que el delito por el que se sigue la ejecutoria”<sup>218</sup>.

Así pues, para que la “habitualidad” pueda operar como obstáculo a la posible suspensión, los tres delitos anteriores habrán de haber sido cometidos en un plazo no superior a cinco años, atendiéndose, para determinar este aspecto, a la fecha de su respectiva comisión, con independencia de la fecha en la que se hayan dictado las respectivas sentencias, siendo necesario, además, que todas estas sentencias sean firmes antes de que el Juez o tribunal se pronuncie acerca de la suspensión de la pena de prisión impuesta por el “cuarto” delito.

### **c) Criterios de concesión**

Además de los elementos objetivos y subjetivos a los que nos hemos referido anteriormente, es decir, que se trate de una pena de prisión que individualmente no exceda de dos años y la ausencia en el penado de la condición de reo habitual, el Juez o tribunal deberá ponderar adecuadamente los elementos valorativos que el propio precepto establece: “cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”<sup>219</sup>. Se trata, como vemos, de una reiteración de los criterios de concesión que establece el art. 80.1 CP para la suspensión ordinaria, de manera que no se añade ningún criterio específico a esta modalidad de suspensión, de la que podrán beneficiarse los delincuentes no primarios siempre que no sean reos habituales, que hayan sido condenados por varias penas sin que ninguna de ellas supere los dos años de prisión, aunque en su conjunto sí rebasen ese límite.

### **d) Condiciones necesarias para acordar la suspensión excepcional**

Este modelo de suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y

---

<sup>218</sup> AAP de Pontevedra, Sec. 2ª, núm. 265/2009, de 19 de junio, JUR\2009\309463.

<sup>219</sup> Para POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución...”, pág. 315, la referencia a estos elementos no constituyen requisitos de la sustitución, sino criterios de decisión que refuerzan el sentido individualizador de la pena.

económicas, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. Las dos primeras condiciones constituyen una redundancia de la obligación de satisfacer la indemnización que asimismo ha de asumir el penado como condición legal de la suspensión ordinaria conforme establece el art. 80.2.3ª CP.

Como señala TAMARIT SUMALLA, el criterio fundamental para suspender “es el esfuerzo por reparar el daño causado. El carácter determinante de este criterio viene determinado con claridad en la ley al exigir que el juez valore *en particular* tal circunstancia. [...] Se entiende que la reparación puede actuar como subrogado parcial de la pena dado que permite satisfacer parcialmente sus fines y que el merecimiento y la necesidad de pena se atenúan en caso de que el sujeto asuma su responsabilidad por el hecho cometido y muestre su disposición a reparar sus consecuencias. La acertada alusión efectuada por la ley al esfuerzo por reparar permite precisamente cumplir con estas exigencias, al dejar claro que lo que se pide al juez no es que valore el simple dato objetivo de la actividad reparadora desplegada por el sujeto, sino que la misma tenga un valor susceptible de compensar el desvalor del hecho injusto cometido, considerando las circunstancias económicas y sociales del penado. La reparación debe ser entendida según la idea de reparación integral, según la cual, a diferencia de la responsabilidad civil, la compensación económica de los efectos del delito es sólo uno de sus componentes. En este sentido, resulta crucial la reparación moral, que pasa fundamentalmente por el reconocimiento del hecho y la responsabilidad por el mismo y la petición de disculpa a la víctima. También debe tenerse en cuenta aquí la viabilidad de la reparación social o simbólica, la cual permite que la conducta reparadora y los efectos beneficiosos para el reo derivados de la misma puedan resultar factibles también en el ámbito de los “delitos sin víctima” (así, las infracciones en grado de tentativa, los delitos de riesgo o contra bienes jurídicos supraindividuales)”<sup>220</sup>.

Además, la suspensión se condicionará al cumplimiento de una de las medidas a las que se refieren los numerales 2ª o 3ª del art. 84, a saber: multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

La LO 1/2015 no da las pautas a las que se debe atender para la concreta determinación de la medida, dejando al exclusivo arbitrio del Juez o tribunal los criterios de equivalencia, pero sí se fija una extensión mínima, que no podrá ser inferior

---

<sup>220</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, págs. 637 y 638.

a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta, y la extensión máxima establecida en el art. 84 CP, de modo que no podrá ser superior a la que resulte de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración, o sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

Así, por ejemplo, en una hipotética pena de dos años de prisión, que equivale a 730 días, la extensión mínima se aplicará sobre 146 días (un quinto), y la máxima sobre 486 días (dos tercios), de manera que se podrá imponer una medida de entre 292 y 972 días multa, con la cuota diaria que se determine, o una medida de entre 146 y 486 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Como se ha dicho, no se trata de una sustitución de penas, sino de una suspensión de la pena de prisión con cumplimiento de medidas, por lo que la multa no estará sujeta a los límites de duración que, como pena, dispone el art. 50.3 CP.

En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA ALBERO, que entiende que “justamente por ello también, porque no se configuran legalmente como sustitución, la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad no tienen por qué guardar correlación con la duración de la pena de prisión impuesta, de acuerdo con los módulos de conversión al uso”<sup>221</sup>.

En cuanto a la extensión de la medida, el AAP de Jaén de 12 de abril de 2016, considera que la interpretación conjunta de los art. 80.3 y 84.1 CP, “exige determinar primero el quinto de la pena impuesta y después el máximo será los dos tercios "sobre ese quinto". [...] pues conforme a las reglas de aplicación antes explicadas, un quinto sobre dos años de prisión son 146 días, pero esa es la primera operación aritmética que hay que hacer, pues a continuación, han de calcularse los dos tercios sobre ese quinto, que da los 96 días fijados”<sup>222</sup>.

Pero, entonces, si el máximo son los dos tercios "sobre ese quinto", es decir, 96 días, ¿cuál sería el límite mínimo?, porque el art. 80.3 *in fine* CP dice que la extensión no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el art. 84 CP (dos días de multa por cada día de prisión, y un día de trabajos por día de

---

<sup>221</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 154.

<sup>222</sup> AAP de Jaén, Sec. 2ª, núm. 90/2016, de 12 de abril, JUR\2016\187838.

prisión) sobre un quinto de la pena impuesta, es decir, 146 días en el caso expuesto en el auto de la AP de Jaén, lo cual nos resulta incomprensible.

Para determinar la extensión de la medida el Juez o tribunal tendrá en cuenta “las circunstancias del caso”, es decir, los elementos valorativos que el propio precepto establece para este tipo de suspensión, que, como ya dijimos, son una reiteración de los criterios de concesión que establece el art. 80.1 CP para la suspensión ordinaria; en cuanto a la medida concreta a imponer, el Código establece que se acordará la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor, y que cuando se trate de penas de prisión impuestas como consecuencia de un delito relacionado tanto con la violencia de género como con la violencia doméstica; se optará por el pago de la multa solamente cuando conste acreditado que entre el penado y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común; con esta matización, muy adecuada a nuestro juicio, el pago de la multa no supondrá un perjuicio para la propia víctima, pues no recaerá sobre el patrimonio o economía familiar.

Como se ha dicho, se acude al sistema de días-multa para fijar el importe de la multa que el condenado deberá abonar para obtener la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, pero nada se dice sobre la cuota diaria ni sobre los datos a tener en cuenta para su concreción, por lo que, entendemos, que habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 50 CP para fijar la pena de multa, es decir, la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, y se fijará su importe teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

El CGPJ, en su informe al Anteproyecto, dice que: “al fijar el módulo máximo de conversión de la medida de multa, se acude al sistema de multa cuota, pero sin fijarse los límites máximos y mínimos de la cuota diaria ni los datos a atender para su concreción”. Para el Consejo “resulta más que cuestionable acudir a las normas del Código Penal reguladoras de la pena de multa, al no estarse ante una pena sino ante una medida inherente a la suspensión”. Entiende, además, que “pese a la cita que al sistema

de multa-cuota hace el art. 84.2, no existe objeción alguna para imponer una multa proporcional única”<sup>223</sup>.

La medida de trabajos en beneficio de la comunidad, se impondrá especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor, y requerirá el previo consentimiento del penado, como expresamente dispone el art. 49 CP y reclama el art. 25 de la CE. Para el CGPJ, en su informe al Anteproyecto, “los trabajos en beneficio de la comunidad, se consideren pena o medida, requieren para su ejecución la actuación positiva del condenado por cuanto la condena se concreta a una obligación de hacer. Esta naturaleza singular está en estrecha relación con el requisito del consentimiento, que el art. 49 del Código Penal exige como condición *sine qua non* para la individualización de la pena, su imposición y ejecución. La exigencia del consentimiento del penado es una garantía para evitar la vulneración del mandato del art. 25.2 de la Constitución que prohíbe las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad que consistan en trabajos forzados”.

Como indica TAMARIT SUMALLA, “para comprender la función que puede desempeñar esta prestación en la suspensión de la ejecución de la pena puede ser útil verla como complemento de las dos anteriores. La referencia legal a la reparación simbólica sugiere que habrá casos en los que el condenado no habrá tenido ocasión de participar en un programa de mediación, por causas ajenas a su voluntad, como la negativa de la víctima, o por tratarse de un “delito sin víctima” o que por alguna razón (por ejemplo la no existencia de daños reparables) no haya terminado con un compromiso o acuerdo que el juez pueda considerar como prestación suficiente. En estos casos la reparación en favor de la comunidad que actúa como subrogado de la pena puede producirse a través de la prestación de trabajos. Por otra parte, en relación con la multa cabe pensar en delitos que por su naturaleza y las circunstancias del autor ésta no tiene sentido, como podría ser un delito de robo o hurto cometido por una persona sin recursos económicos o que la privación de los mismos pueda incidir negativamente en el cumplimiento de sus obligaciones con otras personas, tal como se advierte en el art. 84.2”<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto, pág. 85.

<sup>224</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 656.

En cuanto a la ejecución y el control de cumplimiento de esta medida, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 49 CP, así como en los arts. del 3 al 11 del RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas<sup>225</sup>.

A modo de conclusión podemos afirmar que este sistema “híbrido” de suspensión/sustitución tiene una serie de efectos perjudiciales para el penado que precisamente afectan a los fines de prevención especial o reinserción social que trata de evitar la prisión. Por un lado porque para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena, además de tener que pagar una multa o realizar trabajos en beneficio de la comunidad, el penado estará sometido al periodo de prueba de la suspensión, de 2 a 5 años, durante los cuales, además de no volver a delinquir, deberá cumplir una o varias de las condiciones (prohibiciones, deberes u obligaciones) que estudiaremos en epígrafes posteriores, de manera que si durante el plazo de suspensión comete otro delito o incumple alguna de las condiciones impuestas, tendrá que cumplir la pena de prisión suspendida, aunque, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 86 CP, el Tribunal de ejecución abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos de acuerdo con las reglas de conversión aplicadas (dos cuotas de multa por cada día de prisión, o un día de trabajos por cada día de prisión). Y por otro porque el plazo para que se produzca la cancelación de los antecedentes penales se alarga, comparado, claro está, con la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad prevista en el derogado art. 88 CP, toda vez que en los casos de suspensión se tomará como fecha de extinción de la pena, una vez que se haya obtenido la remisión definitiva, el día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiera disfrutado de la suspensión, tomando como fecha de inicio el día siguiente de la notificación del auto de suspensión.

Pongamos un ejemplo: una hipotética pena de 2 años de prisión, suspendida por un plazo de 3 años. Si la resolución se dicta el 1 de junio de 2014, la condena no se extinguirá definitivamente hasta el 1 de junio de 2017; una vez acordada la remisión

---

<sup>225</sup> Publicado en el BOE de 18 de junio de 2011, entró en vigor el 9 de julio del mismo año, derogando expresamente el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.



definitiva, para hacer el computo de la cancelación, se entenderá que la pena comenzó a cumplirse el día 2 de junio de 2014 (día siguiente a la fecha de la resolución) y que quedó cumplida el 2 de junio de 2016. A esta fecha hay que sumarle los 3 años para la cancelación, contados a partir del día siguiente a aquel en que quedó extinguida, de manera que ésta se hubiera producido el 3 de junio de 2019. En cambio, si esa pena de prisión se hubiera sustituido por multa y ésta se hubiera pagado al día siguiente, el 2 de mayo de 2014 quedaría extinguida la pena y a partir del día siguiente se contaría el plazo para la cancelación, que se produciría el 3 de mayo de 2017, es decir, 2 años antes, por lo que claramente genera un perjuicio importante en cuanto a los plazos de cancelación.

#### **4. Suspensión por enfermedad grave o incurable**

La LO 1/2015, mantiene la misma redacción del art. 80.4 CP, suprimiendo únicamente la mención que se hacía a que sean los jueces o tribunales sentenciadores quienes acuerden la concesión de la suspensión. Así el Art. 80.4 CP determina que los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

##### **a) Concepto y antecedentes legislativos**

El origen de este precepto se sitúa en artículo 60 del antiguo Reglamento Penitenciario de 1981<sup>226</sup> que, tratando de paliar la situación de la población reclusa afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), incluyó en su texto una norma que admitía la aplicación del beneficio de la libertad condicional a los septuagenarios y a los enfermos muy graves con padecimientos incurables que no hubiesen cumplido las tres cuartas partes de la condena. La legalidad de este artículo fue muy cuestionada ya que el art. 98 del entonces Código Penal vigente (CP-1973) no eximía en estos supuestos del requisito de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena. Así las cosas, la Consulta 4/1990 de 5 de noviembre de la FGE se decantó por su aplicación, citando el Auto de la Sala de Vacaciones del TS de 19 de agosto de 1988

---

<sup>226</sup> La dicción de este artículo se recoge, casi literalmente, en el artículo 91 CP. Más desarrollado, el mismo contenido se encuentra en el art. 196 del Reglamento Penitenciario actualmente en vigor.

que, a propósito de la incompatibilidad o no del art. 60 RP con el artículo 98.2 CP, declaraba que: “no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 CE en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden público y de la paz social, y quizás por el art. 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas”. Argumenta la Fiscalía que: “el hecho cierto es que al aparecer la muerte para ellos como algo inexorable y no lejano, se impide totalmente a los internos con enfermedad irreversible la corrección real y la consecución del fin primordial de reinserción social requerido por la CE y la Ley Orgánica General Penitenciaria. Motivaciones humanitarias aconsejan la excarcelación anticipada [...]. De igual modo, motivos de Justicia material y otros fundados en que la Administración Penitenciaria no siempre está en condiciones de facilitar la asistencia precisa a los internos aquejados de SIDA en fase terminal, han de contribuir a dulcificar la interpretación de normas que, no coincidiendo totalmente con las contenidas en una ley formal, se conforman con el principio constitucional de la dignidad de la persona y con la necesidad de humanizar el cumplimiento de las penas. La vía de equidad tampoco debe ser ajena a la solución de especiales supuestos”.

El CP de 1995 acabó con el vacío legislativo existente en esta materia incluyendo en su art. 80.4 un supuesto especial de suspensión de la ejecución de la pena que permite su aplicación a los enfermos muy graves con padecimientos incurables sin sujeción a requisito alguno, salvo que en el momento de la comisión del delito tuvieran ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Como señala MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, el fundamento que preside esta modalidad de suspensión es “el principio de humanidad en la ejecución de las penas, pilar básico del Derecho penal moderno, que ha posibilitado que ciertos condenados eludan el cumplimiento de las penas de prisión en establecimientos penitenciarios”<sup>227</sup>, al igual que lo es de la clasificación en tercer grado contemplada en el art. 104.4 RP y de la libertad condicional, sin sujeción a ningún requisito temporal, regulada en los arts. 91 CP y 196.2 RP

---

<sup>227</sup> MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...*, pág. 85.

Sin embargo, PUENTE SEGURA no comparte esta opinión, argumentando que si aquél fuera el fundamento de la suspensión, la comisión posterior de un nuevo delito, manteniéndose la enfermedad muy grave con padecimientos incurables, no debería impedir que la nueva pena pudiera resultar también suspendida. Por el contrario, sostiene el autor, esta modalidad de suspensión de la ejecución de la pena obedece a “consideraciones vinculadas a la prevención especial, entendiéndose que resulta innecesario el cumplimiento efectivo de la pena respecto de condenados que, como consecuencia de sufrir una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, no se encuentran ya en condiciones de volver a delinquir”<sup>228</sup>; interpretación un tanto rigurosa, a nuestro juicio, por cuanto limita la suspensión al realmente agonizante.

La crítica en general parece ser favorable. PRATS CANUT<sup>229</sup> ha resaltado su acierto desde la óptica político-criminal ya sea por la aceptación del principio de reinserción social que se anuda a la ejecución de la pena por parte del artículo 25 de la Constitución, ya sea, simplemente, por un principio de humanidad de las penas e interdicción de tratos degradantes e inhumanos. Sin embargo, también se ha señalado que concede a los jueces, o a un juez único, una excesiva discrecionalidad<sup>230</sup> y que “si nos dejáramos llevar por una interpretación literal, nos encontraríamos ante un auténtico indulto particular basado exclusivamente en razones humanitarias que poco tiene que ver con la suspensión”<sup>231</sup>.

Es claro, pues, que el fundamento de esta modalidad de suspensión reside tanto en la prevención especial, como en los principios de humanidad y dignidad del penado que debe prevalecer sobre la ejecución de cualquier pena; como señala RÍOS MARTÍN “el fundamento reside en el principio de humanidad de las penas. La pena se transforma en inhumana si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone una carga adicional a la de la pena, con un sufrimiento excesivo (STC 5/2002, 14.01)”<sup>232</sup>.

## **b) Requisitos**

---

<sup>228</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 217.

<sup>229</sup> PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, obra colectiva dirigida por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 449.

<sup>230</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 1996, pág. 6.

<sup>231</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, págs. 133-134.

<sup>232</sup> RÍOS MARTÍN, J.C., “Las alternativas a la prisión”, *Las penas y medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, XIV, 2006, pág. 292.

Según la dicción literal del precepto, podrá ser suspendida “cualquier pena impuesta”, lo que ha llevado a considerar a un sector de la doctrina<sup>233</sup>, que no sólo resulta irrelevante la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, sino también la naturaleza de la pena misma, de tal modo que cualquier pena, sea o no privativa de libertad, podría ser susceptible de suspensión por este motivo. Otro sector de la doctrina<sup>234</sup>, entiende que la expresión “cualquier pena” debe ser entendida en el sentido de que puede otorgarse a toda pena privativa de libertad cualquiera que sea su duración, invocando, como argumento más contundente, la interpretación sistemática del precepto que determina tener en consideración que éste se encuentra en la Sección primera (“De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”).

No creemos que la intención del legislador fuera la de abarcar todo tipo de penas (privativas de libertad, privativas de derechos y multa) toda vez que las penas no privativas de libertad no empeoran sustancialmente la calidad de vida de un enfermo grave, ni conllevan condiciones que puedan aumentar su padecimiento, sino que, por el contrario, cualquier pena no privativa de libertad permite al enfermo continuar con su tratamiento sin alejarse de su entorno familiar o social.

En cualquier caso, esta modalidad de suspensión de la ejecución de la pena, como las que hemos visto con anterioridad, constituye una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, como claramente resulta de la utilización del verbo en forma potestativa “Los Jueces y Tribunales podrán”, que debe ser también motivada, tanto para concederla como para denegarla. La motivación deberá atender a la acreditación de los requisitos exigidos por la norma, es decir, que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, y la inexistencia de otra condena suspendida por la misma razón en el momento de cometer el delito de que se trate.

En este sentido el Tribunal Constitucional señala que: “Del régimen específico de la suspensión de la ejecución para los casos en que se alegue enfermedad muy grave, deriva que, ciertamente, los Tribunales sentenciadores cuentan con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en la concesión o denegación de la suspensión. De un lado, en cuanto a la apreciación del presupuesto de la suspensión excepcional, es decir,

---

<sup>233</sup> Como por ejemplo RÍOS MARTÍN, J.C., “Las alternativas...”, pág. 292.

<sup>234</sup> En este sentido se pronuncian, por ejemplo, POZA CISNEROS, M., “suspensión, sustitución...”, pág. 299; MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...*, pág. 88; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, pág. 134; entre otros.

en la ponderación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero, de otro, también existe un núcleo discrecional en la decisión misma de exonerar al condenado, en el caso concreto, de la concurrencia de los requisitos generales para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena”<sup>235</sup>.

Como se ha dicho, la norma exige que el condenado cumpla dos requisitos objetivos para ser merecedor de esta modalidad de suspensión: sufrir enfermedad muy grave con padecimientos incurables y no tener otra pena suspendida por el mismo motivo; así pues la expresión “sin sujeción a requisito alguno” contenida en el precepto deberá entenderse referida únicamente a las condiciones necesarias exigidas en el art. 80.2 CP para la concesión de la suspensión general de la ejecución de la pena, esto es, la primariedad delictiva, el límite de dos años de privación de libertad y el abono de las responsabilidades civiles; por el contrario, no debe extenderse a los criterios generales para la concesión de la suspensión dispuestos en el punto 1 del art. 80 CP, es decir, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos; de manera que, constatados los requisitos legales para la concesión del beneficio, el órgano jurisdiccional tendrá que valorar la peligrosidad criminal del penado, y contar con un pronóstico de reinserción positivo, vinculado a consideraciones de prevención especial, como exigencia genérica del art. 80.1 CP, que haga razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión de nuevos delitos.

Pensamos, pues, que para acceder a este tipo de suspensión son necesarios tres presupuestos: la acreditación de sufrir enfermedad grave con padecimientos incurables, la acreditación asimismo de no tener otra pena suspendida por el mismo motivo en el momento de cometer el delito de que se trate, y, además, un pronóstico de peligrosidad criminal favorable. Como señala PEITEADO MARISCAL, “estos tres presupuestos se enlazan estrechamente con uno de los fundamentos de esta peculiar suspensión, que es el de prevención especial. En virtud de este fundamento, puede suspenderse la pena, entre otros motivos, porque la grave enfermedad del condenado le impedirá por sí misma la comisión de nuevos delitos, lo que es lo mismo que decir que la peligrosidad criminal del condenado es muy baja o casi nula. Si este pronóstico de peligrosidad criminal se revela errado, porque un condenado con una pena suspendida por esta vía

---

<sup>235</sup> STC, Sala 1ª, núm. 25/2000, de 31 de enero, RTC\2000\25.

comete un nuevo delito, el propio artículo 80.4 del CP impide volver a hacer uso de este tipo de suspensión. Además, como acertadamente señala LLORCA ORTEGA<sup>236</sup>, la no consideración de la peligrosidad criminal del penado implicará convertir el artículo 80.4 del CP en una suspensión por ministerio de la Ley: acreditada la enfermedad, no habrá motivos para no suspender”<sup>237</sup>.

El primer requisito legal de la institución es el diagnóstico de una “enfermedad muy grave con padecimientos incurables”, pero esta expresión no es clara, puesto que son conceptos de procedencia médica cuyo alcance no ha sido fijado *a priori* por el legislador, sino que debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 14 de enero de 2002, dice que: “Del precepto se desprende con toda claridad que el otorgamiento de la suspensión exige, como primer e inexorable requisito, que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Ciertamente, como resulta de la STC 25/2000 (F. 4), los órganos judiciales sentenciadores cuentan con un amplio margen valorativo para la apreciación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero si el órgano judicial llega, de forma jurídicamente regular, a la conclusión de que tal presupuesto para el otorgamiento de la suspensión no existe, simplemente no podrá otorgar la suspensión. Y debe recordarse que en la STC 25/2000 (F. 6) pusimos de manifiesto también que este Tribunal Constitucional no puede afirmar ni cuestionar la concurrencia en cada caso de una enfermedad grave que ocasiona padecimientos incurables, ni tampoco imaginar las razones que podrían avalar una u otra hipótesis, al constituir su apreciación tarea atribuida a los Tribunales ordinarios, a los que sólo debemos exigir, como señalábamos, para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que expresen su decisión al respecto de forma motivada y razonable, sin caer en la arbitrariedad o en el error patente”<sup>238</sup>.

El criterio mantenido por la Consulta 4/1999, de 5 de noviembre, de la FGE, con relación a la concesión de la libertad condicional por esta causa, que estaba prevista en el art. 60 del anterior Reglamento Penitenciario, es que no bastaba con que se haya

---

<sup>236</sup> LLORCA ORTEGA, J., “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte General, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 231 y ss.

<sup>237</sup> PEITEADO MARISCAL, P., “La ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad”, Id. vLex: VLEX-302676, pág. 16.

<sup>238</sup> STC, Sala 1ª, núm. 5/2002, de 14 de enero, RTC\2002\5.

diagnosticado una enfermedad grave, sino que era preciso que la misma haya entrado en el último período y sin que quepa la posibilidad de volver del estado a que se llega a otro anterior más benigno.

El AAP de Islas Baleares de 13 de mayo de 2010 señala que: “el nº4 del artículo 80 del Código Penal atiende a indudables razones humanitarias, que se refieren a situaciones en que no sólo debe darse la irreversibilidad objetiva de la enfermedad padecida, sino una concreta situación del interno en un estadio evolutivo final de la enfermedad que padece, apreciado y descrito en el correspondiente informe médico. Y en este sentido debería entenderse como enfermedad muy grave e incurable: 1º- la que carece de elementos terapéuticos para hacer reversible la enfermedad o paliarla de forma satisfactoria; 2º.- cuando el estado del paciente es precario a causa de su enfermedad, con un pronóstico negativo para un corto espacio de tiempo”<sup>239</sup>.

Partiendo de las consideraciones anteriores podría entenderse que el legislador ha querido referirse exclusivamente a los condenados que presenten una enfermedad terminal o en su fase terminal, siendo la misma, además de muy grave, incurable; pero, sin embargo, no es ésta la única interpretación posible.

Así, el Tribunal Constitucional ha precisado, con referencia a la aplicación de la libertad condicional privilegiada en atención a la enfermedad del penado, que: “La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena [...]. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario [...]. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta con menos ocasiones de episodios agudos no sólo por el tratamiento médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano,

---

<sup>239</sup> AAP de Islas Baleares, Sec. 1ª, núm. 219/2010, de 13 de mayo, JUR\2010\239450.

mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida [...]. Como recapitulación y coda final, quede claro que tan sólo una enfermedad grave e incurable, como ésta, **en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida**, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal”<sup>240</sup>.

Más recientemente el Tribunal Constitucional ha dicho: “El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre, naturalmente, debemos añadir ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, hemos señalado que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma. Asimismo, hemos afirmado que la calificación como inhumana o degradante de una pena depende de su forma de ejecución y de las modalidades que ésta reviste, de manera que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas), o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena [...]. En particular, no cabe descartar que el especial sufrimiento físico o moral que para una persona pueda tener la adopción de una medida por los poderes públicos, como puede ser el ingreso o el mantenimiento en prisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, tanto respecto de ella misma como de su entorno, determine que aquella medida pueda constituir una pena o un trato inhumano o degradante, o suponer una lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral.

Pues bien, sobre estas bases, el órgano judicial [...], no sólo entiende que la enfermedad del penado no reviste caracteres que permitan considerar que el ingreso en prisión vaya a suponer una pena o un trato inhumano o degradante o un riesgo significativo para su vida o integridad, atendiendo a las circunstancias presentes en el

---

<sup>240</sup> STC, Sala 2ª, núm. 48/1996, de 25 de marzo, RTC\1996\48. (La negrita es nuestra).



centro penitenciario, sino que, además, afirma que en éste existen los medios adecuados para tratar suficientemente su enfermedad, lo que no es discutido directamente por el recurrente en su demanda de amparo, de manera que se expone judicialmente una concreta fundamentación, plenamente razonable, en torno a la inexistencia de riesgo grave y cierto para la vida e integridad, tanto física como moral, del recurrente, identificando adecuadamente el contenido de los correspondientes derechos fundamentales”<sup>241</sup>

Como señala el AAP de Jaén de 3 de noviembre de 2016, “Es necesario que el propio deterioro de salud del interno impida cualquier actividad penitenciaria normal y, al mismo tiempo, le genere una incapacidad delictiva total. Se trata, por tanto, de ponderar por un lado la vida del penado, indisolublemente ligada a su dignidad, y su integridad física y salud, cuya amenaza, por padecer una enfermedad grave e incurable, se ve precisamente agravada por su estancia en prisión, y la seguridad pública, que se pretende proteger mediante las funciones de la pena privativa de libertad”<sup>242</sup>.

La expresión “padecimientos incurables” debe entenderse también en el sentido de una enfermedad incurable que suponga una disminución importante de las facultades físicas del sujeto, como por ejemplo personas aquejadas de una lesión medular con secuelas neurológicas que provoquen una severa limitación de su autonomía funcional, y que por ello se vean necesitadas de la asistencia de terceras personas para realizar cualquier tipo de actividad; la situación de estas personas se vería sin duda agravada con su estancia en prisión, donde no podrían llevar una vida autónoma normal, siendo incompatible su enfermedad con la vida carcelaria, lo que hace innecesaria la ejecución de la pena desde el punto de vista de la prevención especial.

Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, “un criterio a favor de la concesión de este beneficio lo constituye el estado de salud del penado que no le permita participar en las distintas actividades de tratamiento programadas por el centro penitenciario para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social”<sup>243</sup>.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza con relación a una condenada que vive permanentemente en una silla de ruedas eléctrica, que le es absolutamente imprescindible para cualquier desplazamiento por su casa o por la calle,

---

<sup>241</sup> STC, Sala 1ª, núm. 5/2002, de 14 de enero, RTC\20970702\5.

<sup>242</sup> AAP de Jaén, Sec. 2ª, núm. 676/2016, de 3 de noviembre, JUR\2017\9707.

<sup>243</sup> MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...*, pág. 92.

y es dependiente de terceras personas para actividades básicas e instrumentales. El Tribunal, estimando el recurso de apelación interpuesto, acuerda suspender la ejecución de la pena impuesta al amparo de lo previsto en el art. 80.4 CP por considerar que la condenada “presenta un cuadro médico secular absolutamente incompatible con la vida penitenciaria aunque estuviera permanentemente en la enfermería. [...] la condenada está aquejada de una enfermedad-secular muy grave y con padecimientos incurables”<sup>244</sup>.

El mismo fundamento aquí argüido se puede aplicar a los ancianos condenados, siempre que su avanzada edad le equipare a los enfermos graves con padecimientos incurables en los términos que han quedado expuestos, pues, como expresa el AAP de Las Palmas de 3 de octubre de 2016, “Se trata en suma de exigir una aplicación racional del sentido de la norma que determine, en su máxima expresión humanitaria, que el sujeto pueda vivir con un mínimo de dignidad las últimas etapas de su vida, evitando que la pena de prisión se convierta en lo que no es: una prisión perpetua”<sup>245</sup>.

Cabe ahora preguntarse si se podría también obtener esta modalidad de suspensión de la ejecución de la pena cuando el condenado estuviera aquejado de una enfermedad mental muy grave con padecimientos incurables. En estos casos, cuando la demencia sobrevenga después de pronunciada la sentencia firme, el principio de especialidad en la interpretación de las normas obligará a dar prevalencia al precepto especial que se contempla en el art. 60 CP, que prevé la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad cuando se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena; sin embargo, si la enfermedad sobreviniera antes del enjuiciamiento, será la propia sentencia, por aplicación de las normas de exención o atenuación de la responsabilidad penal previstas en el Código Penal, la que acuerde las medidas de seguridad correspondientes a los inimputables o semiimputables.

El segundo requisito que exige la norma para acordar la suspensión de la ejecución de la pena por aplicación de lo dispuesto en el art. 80.4 CP es que en el momento de la comisión del delito el reo no tuviera otra pena suspendida por el mismo motivo. Con ello se pretende evitar sucesivas suspensiones extraordinarias a quien, con la comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión también concedido a

---

<sup>244</sup> AAP de Zaragoza, Sec. 6ª, núm. 67/2009, de 11 de febrero, JUR\2009\190862.

<sup>245</sup> AAP de Las Palmas, Sec. 1ª, núm. 623/2016, de 3 de octubre de, JUR\2017\19332.

causa de su enfermedad, ha demostrado objetivamente una peligrosidad superior a la que su situación física y psíquica pudiera sugerir en su momento.

Para MAPELLI CAFFARENA es un despropósito la forma de objetivizar el juicio de peligrosidad excluyendo del beneficio a quien aprovecha el disfrute de una suspensión anterior por este mismo motivo –y no por el régimen común del art. 81- para cometer el delito, para cuya pena se reclama la suspensión. En aplicación de esta disposición, estos condenados tendrían que pasar inexorablemente sus últimos días de vida en prisión, lo que parece a todas luces inhumano”<sup>246</sup>.

Se trata, como señala POZA CISNEROS, de una “cautela necesaria, pues la realidad demuestra que existen individuos que, aun aquejados de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, pueden conservar extrema peligrosidad, acrecentada, incluso, por el conocimiento de su enfermedad y de sus consecuencias jurídicas”<sup>247</sup>. No obstante, en el caso de que no resulte posible una nueva suspensión de la ejecución de la pena, ningún obstáculo existe para que, en su caso, cumplidos los requisitos establecidos en el art. 91 CP, pudiera obtener el penado la suspensión del resto de la pena mediante la concesión de la libertad condicional y no concluir inexorablemente los últimos días de su vida en prisión.

Como se ha dicho, constatados los requisitos legales para la concesión del beneficio, esto es, la existencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables y que el penado no tenga otra pena suspendida por el mismo motivo, el órgano jurisdiccional tendrá que valorar la peligrosidad criminal del sujeto, entendida como probabilidad de que vuelva a delinquir.

El Tribunal Constitucional, a propósito de la necesidad de motivar la resolución que conceda o deniegue esta suspensión, declara que: “una resolución fundada en Derecho en este marco sería aquella que exteriorizara las razones por las cuales estimase, de un lado, si concurre o no el presupuesto habilitante de la suspensión específica -enfermedad muy grave con padecimientos incurables-, y, de otro, las que ponderen y justifiquen que, aun concurriendo el mencionado presupuesto fáctico, es improcedente la suspensión atendiendo a las circunstancias individuales del penado, así como otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión”. Estas circunstancias individuales del penado que pueden fundamentar una denegación serían

---

<sup>246</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, pág. 135.

<sup>247</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución...”, pág. 297.

aquellas que justifiquen una primacía del valor de la seguridad colectiva sobre el de la integridad física del penado. Esta conclusión se ve reforzada, continúa diciendo la sentencia, “si se tiene en cuenta, de un lado, que la afección del valor libertad exige «motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior» [...]; de otro, que el propio art. 80.1 CP establece que las resoluciones sobre la concesión de la suspensión de la ejecución deben motivarse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto; y por último que, ciertamente, la STC 48/1996, de 25 de marzo, invocada por el recurrente, señaló que la posibilidad de otorgar la libertad condicional en casos de enfermedad grave, similares a los actuales de suspensión de ejecución de la pena, pretende un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. En consecuencia, una motivación fundada en Derecho requiere la ponderación de los bienes y derechos en conflicto: de un lado, la seguridad colectiva que podría verse afectada por el no ingreso en prisión de un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia, dadas sus circunstancias personales y, sobre todo, en atención a la incidencia en dicho pronóstico de la enfermedad padecida por el mismo y, de otro, el grado de afección del derecho a la vida e integridad física del condenado teniendo en cuenta el tipo de enfermedad y la mayor o menor incidencia que el ingreso en prisión de quien la padece tendría en ella”<sup>248</sup>.

Desde luego, antes de resolver sobre la adopción de la suspensión de la ejecución de la pena, el órgano jurisdiccional deberá oír a las partes y servirse de las pruebas periciales precisas, aportadas de oficio o a instancia de parte, para determinar el alcance de la enfermedad padecida.

## **5. Suspensión para drogodependientes**

El apartado 5 del art. 80 CP, en su redacción dada por LO 1/2015, regula la ya conocida figura de la suspensión especial para drogodependientes que encontrábamos en el anterior art. 87 CP, en los siguientes términos:

“Aun cuando no concurren las condiciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido

---

<sup>248</sup> STC, Sala 1<sup>a</sup>, núm. 25/2000, de 31 de enero, RTC\2000\25.

el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si éstas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

El antiguo art. 87 CP, vino a recoger una norma especial de suspensión referida exclusivamente a los casos en los que el delito se hubiese cometido a causa de la dependencia del sujeto a las sustancias señaladas en el art. 20.2º CP, esto es, bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Así, en sus apartados 1 y 2 decía: “1. Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor”.

#### **a) Conceptos Generales**

Así como la suspensión de la ejecución de la pena regulada en el art. 80.1 CP aparece como un medio para evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por parte de delincuentes primarios, en este caso son razones de política criminal las que aconsejan que ciertos delincuentes, no necesariamente primarios, ni condenados a penas cortas, no cumplan su condena, a condición de que abandonen la adicción que los ha abocado al delito. Con ello se pretende permitir el tratamiento de deshabituación en lugar de la prisión y, en su caso, no frustrar la deshabituación o la reinserción que pueda haberse logrado desde que se cometiera el delito.

La STC de 16 de junio de 2003 señalaba que: “El art. 87.1 CP se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los arts. 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas –caso habitual del llamado traficante/consumidor– reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella”<sup>249</sup>.

Anteriormente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de marzo de 2002, decía que: “La posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción, presupuesto de sus continuas conductas delictivas, que se adopten conforme al art. 87 del Código Penal, integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, al autor del hecho delictivo condicionado por su drogadicción, y también a la sociedad que puede recuperar uno de sus miembros evitando la continuidad en el delito”<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> STC, Sala 1ª, núm. 110/2003, de 16 de junio, RTC\2003\110.

<sup>250</sup> STS, Sala 2ª, núm. 409/2002, de 7 de marzo, RJ\2002\3591.

En definitiva, como señala CARDENAL MONTRAVETA, “la singularidad de los supuestos ahora analizados radica en que la realización, previa o durante el plazo de suspensión, de un tratamiento rehabilitador, posee un significado preventivo especial, pero también preventivo general, que hace innecesario un ingreso en prisión que, además, resulta especialmente desaconsejable por el riesgo derivado del efecto aflictivo inherente a la privación de libertad y del contacto con otros delincuentes, sumados a los factores que han determinado que se apreciara una disminución de la culpabilidad y fuera aconsejable o necesario un tratamiento para neutralizarlos”<sup>251</sup>.

Con estos argumentos, lo cierto es que nada se opone a extender su aplicación a casos análogos, por ejemplo cuando, al cometer el hecho, el condenado padeciera una anomalía o alteración psíquica no vinculada al consumo de las sustancias mencionadas en el art. 20.2, pero que crean en el sujeto la misma adicción que se atribuye a las mencionadas sustancias, y por la que ha seguido, está siguiendo o se compromete a seguir el oportuno tratamiento. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 14 de octubre de 2005: “lo que debería analizarse es si consta acreditado que, en relación con los hechos declarados probados en la Sentencia de la que trae causa la presente Ejecutoria, el condenado actuó, como exige el art. 87 CP, «a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20», o bien actuó en circunstancias análogas, que permitan la aplicación por analogía del art. 87 CP. Así sucedió muy probablemente, a la vista de los diversos informes incorporados a la causa”<sup>252</sup>.

Hay que tener en cuenta que no se trata tampoco en este caso de un derecho del penado a sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la suspensión de la ejecución, ya que el legislador también ha utilizado el término “podrá” lo que supone discrecionalidad en el Juez o tribunal a la hora de su concesión, que deberá ser siempre motivada.

La LO 1/2015, si bien mantiene los requisitos del antiguo art. 87 CP, suprime la referencia expresa a la audiencia a las partes que sí se exigía en el antiguo art. 87.1 CP, supresión que, como dice el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto, “no aparece debidamente justificada en la exposición de motivos; dicho trámite en modo alguno es

---

<sup>251</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 325.

<sup>252</sup> AAP de Barcelona, Sec. 6ª, núm. 649/2005, de 14 de octubre, ARP\2006\49.

prescindible, pues una resolución en esta materia, afectante a la ejecución de una pena privativa de libertad, no puede ser adoptada inaudita parte, sin conculcar directamente el derecho fundamental de defensa del penado (art. 24.2 CE). Tampoco es prescindible el informe previo del Ministerio Fiscal en concordancia con la posición de garante de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos que le otorga el hecho de tener atribuida la defensa del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE) y en su ámbito estatutario la función de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa –art. 3.3.EOMF– y la de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social –art. 3.9– títulos competenciales que conllevan su necesaria intervención en este tipo de trámites, lo que no debiera ser omitido en el correspondiente precepto de la reforma penal”<sup>253</sup>.

Efectivamente, el art. 80.5 CP no hace referencia expresa a la audiencia del penado y del Ministerio Fiscal, pero ésta se incluye de forma específica (“previa audiencia de las partes”) en el art. 82. CP, que es común a todas las modalidades de suspensión, por lo que su no inclusión en el art. 80.5 CP resulta irrelevante.

En segundo lugar, se suprime la obligación de solicitar informe al médico forense dejando a criterio del Tribunal la determinación de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los requisitos para la suspensión. El antiguo art. 87 CP exigía que el Juez o tribunal solicitara en todo caso informe del médico forense, pero no especificaba si éste había de versar sobre la dependencia del penado, o sobre si se encontraba deshabitado o sometido a tratamiento, por lo que entendemos que la supresión de este requisito en nada perjudica al penado, sino todo lo contrario, porque de esta manera el Tribunal podrá realizar las comprobaciones que estime oportunas para verificar que se cumplen los requisitos que exige esta suspensión, ampliándose para el penado las posibilidades de aportación de pruebas.

En tercer lugar se suprime la obligación de los centros o servicios responsables del tratamiento de facilitar al Juez, en los plazos que señale y nunca con una periodicidad superior a un año, la información sobre la evolución y modificaciones, lo que no impide que el Tribunal lo solicite cada vez que lo considere oportuno.

---

<sup>253</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto..., págs. 42-43.



El CGPJ en su informe al Anteproyecto de modificación del CP, considera que esta modificación “probablemente se deba a un olvido en la creencia de que el control ya se establece en el art. 83, regulador de las prestaciones o deberes que pueden ser impuestos al penado caso de la suspensión, entre los que se viene a regular ahora (7ª): “participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes”. Programa que se confía a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, a los que sí se impone la obligación de información periódica sobre su evolución”. Recomienda el Consejo la rehabilitación de esta obligación argumentando para ello que: “este tratamiento es distinto al tratamiento de deshabituación del art. 80.5. No resulta adecuada la supresión de este deber de información, que potencia la seriedad y rigor del programa de deshabituación emprendido, controlándose a lo largo de la suspensión el comienzo del tratamiento, su evolución, las modificaciones que pueda experimentar, sin tener que esperar al término del plazo para conocer que el tratamiento no ha sido seguido y que, en su consecuencia, persiste el factor criminológico que le llevó a delinquir”<sup>254</sup>.

Por último, la LO 1/2015 suprime la mención del antiguo art. 87.2 CP, a que “en el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor”; en este caso la supresión es comprensible y muy acertada a nuestro juicio, al tratarse de una mención superflua, pues, como dice el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, “la reincidencia no es condición obstativa de este beneficio, el examen de las circunstancias del hecho y del autor es una exigencia del régimen general de la suspensión condicional y la motivación de la resolución es una exigencia básica de toda resolución judicial”<sup>255</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ CASSO para quien el núm. 2 del antiguo art. 87 CP era, en cualquier caso, “redundante e innecesario, pues la resolución ha de ser motivada siempre y las circunstancias del hecho y del autor también han de tenerse siempre en consideración con arreglo al art. 80.2 CP”<sup>256</sup>.

Para GARCÍA ALBERO, que desaparezca la referencia al canon reforzado de valoración cuando el condenado es reincidente, “sólo puede ser interpretado en términos

---

<sup>254</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto..., pág. 88.

<sup>255</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto..., pág. 43.

<sup>256</sup> GONZÁLEZ CASSO, J., “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los arts. 80, nº 4 y 87 del Código Penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999, pág. 114.

de asumir la reincidencia como un supuesto normal en estos casos, por lo que no se exige una especial valoración”<sup>257</sup>.

#### **b) Requisitos para su aplicación**

El art. 80.5 CP empieza diciendo: “Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo [...]”. Es claro, por lo tanto, que el propio artículo exime de la concurrencia de la primariedad delictiva y del límite penológico de 2 años para la aplicación de la suspensión especial por drogadicción, pero, sin embargo, sí resultará exigible el concurso de la circunstancia prevista en el número 3 del art. 80.2, es decir, que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Además, conforme al citado artículo, será necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Que la duración de la pena impuesta no sea superior a cinco años.
- Que el condenado haya cometido el delito a causa de su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.
- Que se certifique, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

#### **i. Penas privativas de libertad no superiores a cinco años**

El primer requisito específico que contempla el art. 80.5 CP para la concesión de esta suspensión especial consiste en que se trate de penas privativas de libertad no superiores a cinco años.

Teniendo en cuenta que en el citado artículo no se prevé la posibilidad de sumar las penas, COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, considera que: “ante la ausencia

---

<sup>257</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 155.

de disposición en ese sentido, habrá que valorar cada condena aisladamente”<sup>258</sup>; en el mismo sentido CARDENAL MONTRAVETA entiende que “no se excluye expresamente la suspensión de varias penas inferiores a 5 años, pero que sumadas sí superen este límite”<sup>259</sup>. Podemos añadir además, en apoyo de esta afirmación, que el precepto dispone que la condición 2ª prevista en el apartado 2 de este artículo (que se refiere, precisamente, a que la pena o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años) no resultará aplicable en el marco de la suspensión especial, lo que nos lleva a admitir que sí será posible suspender la ejecución de varias penas impuestas en la misma sentencia, concurriendo los demás requisitos del art. 80.5 CP, cuando ninguna de ellas sea superior a cinco años, con independencia del resultado que arroje la suma de las impuestas.

En este sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Madrid, que por acuerdo de 29 de mayo de 2008, cambió el anterior de fecha 25 de mayo de 2007 en el que declaraba que no procedía la suspensión de la ejecución de la pena “cuando se yuxtaponen en una misma sentencia las condenas por dos o más delitos que no rebasan individualmente los cinco años de prisión pero que sí sobrepasa ese límite al sumar las penas impuestas por cada uno de ellos”, sustituyéndolo por la posibilidad de suspensión de las condenas impuestas en una misma sentencia en el caso que sumadas arrojen una duración superior a cinco años.

## **ii. Comisión del delito a causa de la dependencia de las drogas**

Otro requisito a los que alude el art. 80.5 CP exige que el penado hubiese cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del art. 20. Nos movemos aquí en el ámbito de lo que el Tribunal Supremo denomina “delincuencia funcional”, es decir, aquellos delitos que se cometen para conseguir la dosis. En estas situaciones la drogodependencia es el detonante del comportamiento delictivo posterior. Considera el Tribunal Supremo que: “[...] la dependencia a drogas viene a operar preferentemente sobre la voluntad cohibiendo los frenos inhibitorios que aconsejan el apartamiento de ciertas acciones por las

---

<sup>258</sup> COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, IV, 2005, pág. 201.

<sup>259</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 326.

consecuencias adversas que puedan tener, ante el más poderoso impulso de atender a su dependencia, lo que se traduce en actos delictivos que criminológicamente se encuadran bajo el nombre de «delincuencia funcional» por estar motivada por la necesidad de atender a aquella adicción. Delincuencia funcional que suele concretarse en delitos contra el patrimonio, y también, como es el caso de autos, en delitos de tráfico de drogas, al menudeo o «trapicheo» en el argot usual, en el que la autofinanciación del consumo se consigue con el producto de pequeñas ventas de droga y en el margen económico que ello presenta”<sup>260</sup>.

Así pues, la condición de drogadicto no es suficiente para aplicar este precepto, sino que resulta necesario, además, que el delito por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende quede en suspenso, hubiera sido cometido, precisamente, “a causa de” su dependencia de la ingesta de esta clase de sustancias. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de abril de 2002, cuando dice que: “La condición de drogadicto, como pretende el recurrente, no sería suficiente para la aplicación del precepto regulador de esa modalidad de suspensión de pena (art. 87 CP). Es preciso acreditar que tal estado morbooso o criminológico (hábito más o menos arraigado en el consumo de sustancias psicoactivas prohibidas), vaya acompañado de cierta influencia o repercusión en la comisión del hecho delictivo”<sup>261</sup>.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), por droga ha de entenderse toda sustancia que introducida en un organismo vivo por cualquier vía (inhalación, ingestión, intramuscular, endovenosa), es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central, provocando una alteración física y/o psicológica, la experimentación de nuevas sensaciones o la modificación de un estado psíquico, es decir, capaz de cambiar el comportamiento de una persona, y que posee la capacidad de generar dependencia y tolerancia en sus consumidores. Así, pues, el cambio que la droga produce en el consumidor se caracteriza por: 1. El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica); 2. La necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia); y, 3. La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como “el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga

---

<sup>260</sup> STS, Sala 2ª, núm. 372/1999, de 23 de febrero, RJ\1999\1182.

<sup>261</sup> STS, Sala 2ª, núm. 809/2002, de 30 de abril, RJ\2002\7025.

natural o sintética”, y la dependencia como “el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma”.

Como apunta el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, “las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código Penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º CP”<sup>262</sup>.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, son:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos: a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal; y, b) que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aun siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos; y siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión.

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal.

---

<sup>262</sup> SSTs 16/2009 de 27 de enero (RJ\2010\661); 672/2007 de 19 de julio (RJ\2008\538); 145/2007 de 28.febrero; 1071/2006 de 8 de noviembre (RJ\2006\355), 282/2004 de 1 de marzo (RJ\2004\3397).

Es claro que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia; así, pues, el estado de intoxicación plena y la influencia del síndrome de abstinencia son circunstancias constitutivas de la exención total de la responsabilidad criminal, a causa de la fuerte disminución de la responsabilidad que se deriva de la merma de las facultades intelectivas y volitivas del autor del delito en tal situación. Si la intoxicación no es plena o la influencia del síndrome de abstinencia es limitada, puede apreciarse la concurrencia de una eximente incompleta del art. 21.1ª CP.

En cuanto a la atenuante del art. 21.2ª CP, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de mayo de 2010 tiene declarado que ésta se configura “por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad)”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en que la circunstancia descrita en el art. 21.2 CP como atenuante:

a)- Es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla [SSTS. 4.12.2000 (RJ 2000, 10162) y 29.5.2003 (RJ 2003, 5519)].

b)- Que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones [STS de 29.5.2000 (RJ 2000, 6097)].

Cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP.

c)- Que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas [SSTS de 27.9.99 (RJ 1999, 7049) y 5.5.98 (RJ 1998, 4609)].

Es decir, “para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones”<sup>263</sup>.

Es necesario destacar, como lo hace PUENTE SEGURA, que la finalidad de la atenuante del art. 21.2 y la del art. 80.5 CP, obedecen a propósitos muy distintos; mientras en la primera se trata de individualizar la pena correspondiente al autor atendiendo a la influencia que la adicción del sujeto hubiera podido tener en su capacidad para autodeterminarse libremente, lo que resulta esencial en la aplicación del art. 80.5 CP es “la comprobación de si la dependencia padecida por el sujeto ya

---

<sup>263</sup> STS (Sección 1ª), núm. 457/2010, de 25 de mayo, RJ\2010\6143.

condenado, constituye un factor criminógeno relevante en su comportamiento, con el propósito de valorar si, suprimido dicho factor, resulta razonable esperar la rehabilitación social del penado, al quedar, conforme el referido factor criminógeno desaparece, sensiblemente reducida su “peligrosidad criminal”. En definitiva, el órgano jurisdiccional ha de valorar si la ejecución efectiva de la pena impuesta resulta un obstáculo en el proceso de deshabitación, ya concluido o iniciado por el penado, y si, por tanto, resulta o no más eficaz y operativo, desde el punto de vista de la prevención especial, la suspensión de la pena con la final desaparición del mencionado factor criminógeno, o la ejecución de la misma en sus propios términos con la más que probable recaída del condenado en su dependencia”<sup>264</sup>

Es claro, pues, que no debe identificarse el requisito previsto en el art. 80.5 CP de haber cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP, con la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.2 CP, pues para la aplicación de esta última se exige la “grave adicción” del culpable, mientras que para la suspensión basta que la “dependencia” sea la causa de la comisión del hecho delictivo, y desde luego, grave adicción no equivale a dependencia, por lo que entendemos que sí será posible la suspensión aun cuando no haya sido apreciada la atenuante. No son raros los casos en los que el penado no tiene mermadas sus facultades intelectivas o volitivas en el momento de realizar el hecho delictivo, y por ello no se aprecie ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal, y sin embargo sí sea posible acreditar que padece una dependencia tóxica o, incluso, que sea ésta la causa de su conducta delictiva.

En la misma línea el AAP de Las Palmas de 28 de septiembre de 2006 recuerda que: “El hecho de que el artículo 87 establezca, como presupuesto para la suspensión, que el penado haya cometido el hecho delictivo "a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20" mientras que la circunstancia atenuante del artículo 21 requiere que el culpable haya actuado "a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo 20", de donde se desprendería que no coinciden exactamente los presupuestos de la suspensión del artículo 87 y de la atenuante de drogadicción. Por ello, se sostiene que la apreciación de la circunstancia atenuante del artículo 21.2ª Código penal o la eximente incompleta o incluso la analógica no constituye un requisito indispensable para la concesión de la

---

<sup>264</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 186



suspensión de la pena prevista en el artículo 87 del Código penal, pues aquellos supuestos en los que el hecho delictivo haya sido cometido a causa de la adicción del sujeto a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas y esa adicción no pueda ser considerada grave no cabrá apreciar la atenuante de drogadicción pero sí concurrirá el presupuesto básico para la concesión de la suspensión prevista en el artículo 87 mencionado”<sup>265</sup>.

No obstante, aunque no exista equivalencia entre ambos preceptos, no puede negarse un cierto vínculo entre ellos, de manera que cuando se aprecie en el sujeto la circunstancia atenuante de drogadicción, no habrá lugar a cuestionarse si existe el requisito de haber cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP.

Por el contrario, cuando el órgano jurisdiccional rechace el concurso de la circunstancia atenuante por no considerar acreditada la existencia de una grave adicción, entendemos que sí será posible todavía, en fase de ejecución, acreditar que el delito fue cometido a causa de la dependencia (aunque no mereciese la calificación de grave adicción).

En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Burgos, en su Auto de 11 de noviembre de 2009, diciendo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala: “1º- que no es necesario que en la Sentencia se declare la existencia de una eximente completa o incompleta para que se cumpla lo exigido en el art 87 del CP. 2º- que para que pueda aplicarse dicho beneficio es necesario que se acredite, al menos en fase de ejecución, la posibilidad de haberse apreciado tal circunstancia”<sup>266</sup>.

Sin embargo si el órgano jurisdiccional hubiera rechazado en la sentencia el concurso de la circunstancia atenuante por entender que no fue la causa de la comisión del hecho delictivo, ya no será posible acreditar la existencia de los requisitos establecidos en el art. 80.5 CP, porque, de lo contrario, se estaría contraviniendo el tenor de la sentencia y vulnerando el principio de cosa juzgada material.

Finalmente, si en la sentencia firme no se entró a valorar, por las circunstancias que fuere, la eventual dependencia del entonces acusado a las referidas sustancias o la relación de causalidad entre dicha dependencia y la comisión del delito, en este caso sí

---

<sup>265</sup> AAP de Las Palmas, Sec. 2ª, núm. 585/2006, de 28 de septiembre, JUR\2006\1940.

<sup>266</sup> AAP de Burgos, Sec. 1ª, núm. 755/2009, de 11 de noviembre, JUR\2009\496475.

será posible acreditar este elemento en la fase de ejecución, aunque siempre con contradicción de las partes.

La Consulta 4/1999 de la FGE señala que: “La prueba de la comisión del delito a causa de la adicción del penado a las sustancias del art. 20.2, a fin de aplicar la modalidad de suspensión a que se refiere el art. 87, puede establecerse en el trámite de audiencia a las partes que, en fase de ejecución, contempla el art. 87, exclusivamente en aquellos supuestos en los que la cuestión no haya sido debatida en el acto del juicio oral y resuelta en sentencia”.

En igual sentido se pronuncia la STS de 29 de octubre de 2014, cuando dice: “Los ámbitos de aplicación de los arts. 21.1 y 2, y 87 CP no coinciden exactamente. La apreciación de la atenuante exige una adicción grave a las sustancias descritas así como la relación de causalidad. Para la aplicación de los beneficios de suspensión de condena especiales del art. 87 basta constatar una dependencia que no ha de revestir una especial intensidad; aunque de otro lado se reclaman otros requisitos cuya ausencia bloquearía la atenuación (sometimiento a tratamiento, singularmente). Caben casos en que no apreciándose la atenuante sí será factible plantearse esa suspensión especial, con todos sus componentes adicionales (proceso de rehabilitación), por circunstancias diversas: bien, como en este caso, porque existiendo dependencia (lo que puede ser suficiente para el art. 87) no sea grave (lo que excluye la atenuante); bien porque no se haya discutido sobre esa cuestión en el juicio... Diferente sería el supuesto de rechazo expreso en la sentencia de la condición de drogodependiente. A la hora de evaluar la posibilidad de los beneficios previstos en el art. 87 CP, el panorama estaría totalmente condicionado por esa estimación de la sentencia.

A diferencia de su antecedente legislativo (art. 93 bis CP 1973) el art. 87 no exige que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, ni mucho menos, que se haya apreciado una atenuante [...].

No cabría si en la sentencia se declara probada la no adicción del sujeto a las sustancias a que se refiere el art. 20.2º o la falta de relación entre dicha adicción y la comisión del hecho delictivo. Pero sí es posible la concesión de esos beneficios si la sentencia deja imprejuzgada esas cuestiones o deniega la atenuación por razones que no excluyen la aplicación del art. 87 CP”<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> STS, Sala 2ª, núm. 716/2014, de 29 de octubre, RJ\2014\5266.

Aunque la suspensión del art. 80.5 CP se refiere a los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP, es decir “bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos”, lo cierto es que nada se opone a extender su aplicación a casos análogos, por ejemplo cuando, al cometer el hecho, el condenado padeciera una anomalía o alteración psíquica no vinculada al consumo de las sustancias mencionadas en el art. 20.2, pero que, sin embargo, crean en el sujeto la misma “dependencia” que se atribuye a dichas sustancias, y que, precisamente, esa dependencia sea la causa de la comisión del hecho delictivo. Esta situación se puede dar, por ejemplo, en algunos casos de fuerte adicción al juego, ya sea en casinos, o en las típicas máquinas tragaperras que encontramos en numerosos bares, o incluso en las cada vez más frecuentes páginas webs de apuesta online; también se podrían incluir los casos más graves de adicción a las compras, o a los chats de teléfonos para adultos.

No cualquier delito puede justificarse por este tipo de dependencia, por lo que deberá acreditarse que, en relación con los hechos declarados probados en la sentencia, el condenado actuó, como exige el art. 80.5 CP, a causa de una dependencia tal que permita la aplicación por analogía de este artículo.

### **iii. Certificación de deshabituación o de sometimiento a tratamiento de deshabituación**

El tercer requisito específico exigido por el art. 80.5 CP para la concesión de esta suspensión especial consiste en que en el momento de decidir sobre la misma, el penado debe estar deshabituado de su dependencia o en tratamiento de deshabituación, a cuyo fin es preciso que estos aspectos sean acreditados suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado. La suficiencia de la certificación hace referencia a las precisiones relativas a la deshabituación o a las características del tratamiento.

Esta certificación podrá ser aportada a las actuaciones en cualquier momento antes de la decisión judicial, incluso, como señala MAGRO SERVET Y SOLAZ SOLAZ, durante el recurso interpuesto contra la resolución que denegó inicialmente la suspensión<sup>268</sup>. En el marco de los juicios rápidos, conforme dispone el art. 801 LECR,

---

<sup>268</sup> MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...*, pág. 80.

bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

La mayoría de la doctrina entiende que, como no se exige legalmente que el tratamiento de deshabitación se esté realizando o se haya realizado en un centro cerrado o comunidad terapéutica, podrá perfectamente seguirse en forma de tratamiento ambulatorio. CARDENAL MONTRAVETA entiende que “el tratamiento de deshabitación puede comportar el internamiento del sujeto, o ser meramente ambulatorio”<sup>269</sup>; pero, como señala COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, no serán suficientes los tratamientos simplemente paliativos; señala este autor que: “el tratamiento que exige el Código debe estar encaminado desde el punto de vista médico a la deshabitación (“sometido a tratamiento para tal fin”)”<sup>270</sup>.

Coincidimos con PUENTE SEGURA, cuando afirma que: “no cabe exigir que el tratamiento se haya iniciado ya, siendo suficiente con que conste acreditada la existencia de ese propósito y la disponibilidad del centro o servicio para emprenderlo en una fecha próxima concreta”<sup>271</sup>.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, de manera que, como se explica en el Preámbulo, “se concede libertad a los Jueces y Tribunales para resolver sobre cuáles son las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales”; ampliándose, además, también para el penado las posibilidades de aportación de pruebas.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización, aunque en este caso con matices, pues puede haber recaídas como veremos en epígrafes posteriores.

## 6. Aspectos procesales

---

<sup>269</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 326.

<sup>270</sup> COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 202.

<sup>271</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 191.

Como se ha dicho, la LO 1/2015 por la que se modifica el CP, introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas regulando como un supuesto de suspensión la institución de la sustitución de la pena privativa de libertad que preveía el derogado art. 88 CP. El Preámbulo explica esta modificación diciendo que: “De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas”. Mantiene el Preámbulo que la revisión de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, “tiene como finalidad esencial dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de ejecución de las penas de prisión”; al mismo tiempo, sigue diciendo, “se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes, y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas”.

Veremos si efectivamente existe mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas, o por el contrario nada ha cambiado.

Nos referiremos aquí al Tribunal competente para pronunciarse sobre la suspensión de condena, al momento procesal oportuno para que este pronunciamiento se lleve a efecto, a los requisitos que deben cumplirse y a los recursos pertinentes en cada caso.

#### **a) Competencia**

La competencia para suspender la ejecución de la pena viene determinada expresamente en el Código Penal a favor de los juzgados y tribunales sentenciadores, disponiendo su art. 82 que: “el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con mayor urgencia, previa

audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

En el marco de los juicios rápidos, el art. 801.4 LECR dispone que cuando exista la conformidad del acusado y la pena impuesta sea privativa de libertad, la eventual resolución sobre la suspensión de la misma, deberá ser adoptada, lógicamente tras declararse la firmeza de la sentencia, por el propio Juez de Instrucción, remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución.

Es claro, pues, que la concesión o denegación de los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad corresponde de forma discrecional al Juez o Tribunal sentenciador, debiendo entenderse como tal el que haya dictado la sentencia de instancia, en los términos explicados en punto 1 del capítulo I de este trabajo. En el ámbito de los juicios rápidos, como se ha dicho, será el propio juez de guardia quien resuelva lo procedente sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

#### **b) Momento de la concesión**

Como se ha dicho, el art. 82.1 CP se ocupa del momento en el que el Tribunal debe pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de la pena, disponiendo que el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal también contiene algunas disposiciones acerca del momento en que el Juez o Tribunal debe pronunciarse sobre la concesión de la suspensión de la condena.

En el Procedimiento Abreviado, el art. 787.6 establece para los supuestos de conformidad que la sentencia “se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta”.

De forma muy similar, el art. 789.2 prevé la posibilidad de que el Juez de lo Penal dicte sentencia oralmente en el acto del juicio, en cuyo caso, si el Fiscal y las partes expresan su decisión de no recurrir, en ese mismo acto el Juez declarará la firmeza de la sentencia y se pronunciará sobre la suspensión de la pena impuesta, previa audiencia de las partes.

En el marco de los juicios rápidos también el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contiene una norma similar en sus puntos 2 y 3, así dispone este artículo que, si el Fiscal y las partes personadas expresan su decisión de no recurrir, el propio Juez de guardia, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión; dispone también que, a los efectos de lo dispuesto en el art. 81.3º del Código Penal (art. 80.2.3ª CP en su redacción dada por LO 1/2015), bastará para acordarla con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieran originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije; y que cuando sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado también contiene algunas previsiones expresas sobre la suspensión de condena. En el art. 52.2, en el marco de la regulación del objeto del veredicto, prevé que el Magistrado-Presidente recabe, en su caso, la opinión de los jurados acerca de la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena. Se trata, como vimos, de una opinión no vinculante, pues la decisión final corresponde al propio Magistrado. Debe ser emitida por los jurados junto con el veredicto de culpabilidad [art. 61.1.c)], y es preciso que cuente con cinco votos, sea cual sea su sentido, según se desprende del art. 60.3 LOTJ.

Finalmente, el art. 68 LOTJ, cuando el veredicto sea de culpabilidad, prevé que el Magistrado-Presidente oiga al Fiscal y a las partes sobre las penas o medidas procedentes y sobre la responsabilidad civil, y además, sobre la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de los beneficios de la suspensión de condena, si el jurado hubiera emitido un criterio favorable a su concesión.

Existen, pues, dos momentos para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena: el primero y preferente será en la propia sentencia, siempre, claro está, que sea posible, es decir, siempre que el órgano jurisdiccional disponga de los elementos necesarios para acordar lo procedente; cuando no sea así, la suspensión de la ejecución de la pena se acordará en resolución posterior, una vez firme la sentencia.

Para que se pueda decidir en sentencia será necesario, a falta de previsión legal, que las partes soliciten la suspensión en el propio escrito de defensa, pudiendo aportar documentación o proponer la práctica de prueba necesaria para acreditar que el sujeto cumple los requisitos exigidos para ser merecedor de alguna de las alternativas de suspensión de la ejecución de la pena que hemos visto. No obstante, aunque no se hubiera hecho en el escrito de defensa, podrá igualmente solicitarse en el trámite de conclusiones del juicio oral. En cualquier caso, será en este momento procesal cuando se oiga a las partes sobre la suspensión de la ejecución de la pena, pudiendo alegar lo que estimen oportuno para acreditar que el penado es, o no, merecedor del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, en cualquiera de las modalidades previstas.

Recientemente, la AP de Valencia se ha pronunciado sobre esto en su Sentencia de 6 de abril de 2016 diciendo: “La sentencia no se pronuncia sobre dicha modalidad de suspensión, puesto que además no consta que la documentación referida se acompañara en el momento del juicio oral, ni que por tanto se diera a las partes oportunidad de realizar alegaciones o aportar prueba al respecto, así la pretensión esgrimida se plantea por primera vez en la apelación, por lo que de realizarse pronunciamiento sobre ello, supondría que se estaría privando a las partes de la posibilidad de ejercitar los recursos que legalmente están previstos.

Por tanto, aunque es cierto que la suspensión denegada en la sentencia es conforme a lo dispuesto en el artículo 80.1 y 2 del CP, no existe pronunciamiento a la procedencia o no de la suspensión prevista en el 80.5 del CP, por lo que procederá revocar el pronunciamiento relativo a la no suspensión de la pena, para sea valorado en ejecución de sentencia, puesto que no consta en el acta de juicio que se suscitara la cuestión prevista en el artículo 82.1º, relativa a si se podía o no producir el pronunciamiento en sentencia, lo que dicho precepto establece y por tanto si hubo contradicción o no, considerando que si para el supuesto que se posponga la decisión a la declaración de firmeza, es imprescindible la previa audiencia a las partes, también en el acto del juicio para cuando se realice en sentencia debe plantearse la audiencia a las



partes, que no consta en el acta de juicio, ni se realizó levantó grabación no expresándose el motivo que lo impidió”<sup>272</sup>.

No obstante, aunque los preceptos citados contienen, sin duda, una previsión bien intencionada, pues pretenden una decisión equiparable en rapidez a la adoptada sobre el fondo del asunto, no nos parece la solución más conveniente para el acusado, pues implica la necesidad de alegar y probar en torno a los presupuestos de la suspensión durante el juicio oral, dando por sentada la condena.

Como indica CARDENAL MONTRAVETA, “hay otras razones que pueden aconsejar resolver sobre la suspensión o la ejecución de la pena en un momento posterior. En este sentido, sin desconocer la relevancia que las que las circunstancias personales pueden tener para determinar la culpabilidad del acusado y la propia pena, o para resolver sobre la imposición de medidas de seguridad, la doc. ha destacado el riesgo “de deformación, por hipertrofia, del objeto del proceso que debe ser enjuiciado y de transferencia de información probatoria ni necesaria ni adecuada, ni tan siquiera pertinente para decidir sobre los hechos justiciables y la responsabilidad, en su caso, en los mismos de la persona acusada”. La consideración, antes de dictar sentencia, de las circunstancias relevantes para resolver sobre la ejecución de la pena puede comportar una ampliación considerable del objeto del proceso, y un riesgo de generar un prejuicio sobre la responsabilidad del acusado, y una relajación de las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia”<sup>273</sup>.

Lo cierto es que en la realidad de los juzgados, lo habitual es resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena en la propia sentencia exclusivamente cuando ésta sea de conformidad y además no existan responsabilidades civiles; hemos observado además que, por regla general, los Juzgados de guardia, en el ámbito de los juicios rápidos, no resuelven en la propia sentencia sino que lo hacen en auto posterior, siempre, eso sí, que no existan responsabilidades civiles.

Como se ha dicho, cuando no sea posible resolver en la propia sentencia, dispone el art. 82 CP que, firme que sea ésta, el juez o tribunal sentenciador se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena, dictando al efecto el oportuno Auto.

---

<sup>272</sup> SAP de Valencia, Sección 2ª, núm. 186/2016, de 6 de abril, JUR\2016\144423.

<sup>273</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 329.

Esta mayor urgencia la refiere el Código al pronunciamiento, pero ha de entenderse extendida al requerimiento de los datos que permitan acreditar los requisitos necesarios en cada caso, pues es su constancia lo que precisamente le permitirá adoptar una decisión sobre el particular. En cualquier caso, el Juez o Tribunal deberá actuar diligentemente para decidir con rapidez acerca de la suspensión, pues así lo prevé el Preámbulo de la LO 1/2015, que dispone que con este régimen único de suspensión “se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas”.

La resolución que acuerde la suspensión de la ejecución de la pena, sea sentencia o auto, deberá ser notificada personalmente al penado, dada la naturaleza personal de las obligaciones que asume (siempre, al menos, la de no delinquir durante el plazo de suspensión), y la necesidad de que sea advertido de las consecuencias de su incumplimiento, por más que se hallen expresadas en la resolución. No será suficiente, por tanto, una simple notificación a su representación procesal.

### **c) Audiencia a las partes**

El Código Penal prevé la intervención de las partes en la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena en el art. 82 diciendo que: “El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Vemos, pues, que el art. 82 CP exige la intervención de las partes cuando se tenga que resolver sobre la suspensión con posterioridad a la firmeza de la sentencia, disponiendo el precepto que el tribunal funcionalmente competente se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la misma. Obviamente, cuando se resuelva en sentencia, lo que deberá suceder siempre que el órgano jurisdiccional cuente con los elementos suficientes para formar criterio, este trámite de audiencia a las partes se habrá llevado a efecto durante el plenario.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la audiencia a las partes en el art. 789.2 que dispone que: “el Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto

del juicio, documentándose en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta”; y también en el art. 787.6 LECR que dice: “la sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta”.

Por el contrario, en los casos de conformidad del art. 801.2 LECR, dentro del procedimiento propio de los llamados juicios rápidos, en el mismo caso de dictar sentencia oralmente, se prevé que: “si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución”, en este caso sin que se exija la audiencia a las partes, lo cual resulta contradictorio no solo con las previsiones antes dichas de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal para casos muy similares, sino además con el propio Código Penal, que como antes vimos exige la audiencia de las partes en el art. 82.

Finalmente, el art. 68 LOTJ, partiendo de que el Jurado se haya mostrado favorable a la concesión, prevé la audiencia de las partes, pero limitada a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación del beneficio.

Art. 68 LOTJ: “Veredicto de culpabilidad.- Cuando el veredicto fuese de culpabilidad, el Magistrado-Presidente concederá la palabra al Fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El informe se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de los beneficios de remisión condicional, si el Jurado hubiere emitido un criterio favorable a ésta”.

En principio, como se ha dicho en el punto 4 del capítulo I, cuando la ley se refiere a las partes, lo hace a las que en tal concepto aparezcan en el proceso, es decir, a las partes procesales y, por lo tanto, solo habría que oír al Ministerio Fiscal, sea cual sea la posición que hubiera adoptado en la causa concreta, al condenado y a quienes se

hubieran personado, aun cuando lo hubieren hecho en ejercicio de la acción popular. Será, por lo tanto, imprescindible oírlos cuando la ley prevea la audiencia a las partes.

CARDENAL MONTRAVETA considera “discutible si la referencia general del art. 82.1 a la audiencia de las partes incluye, en los delitos públicos, a la acusación particular y popular, porque contrasta con la exigencia recogida en el art. 80.6 de la audiencia del ofendido, o de quien lo represente, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido”<sup>274</sup>.

Así, serán oídos sobre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, como partes activas:

El Ministerio Fiscal y quienes hubieran actuado como acusación particular o actor civil en el proceso penal del que deriva la sentencia que se ejecuta, si bien su legitimación estará limitada a la ejecución de los pronunciamientos incluidos en la pretensión ejercitada por ellos. Como se ha dicho, no es habitual que la acusación popular, si es que la hubiere, intervenga en la fase de ejecución, pero si no renuncia expresamente a ello, podría intervenir como parte procesal que es, pudiendo alegar lo que tuviera por conveniente. No obstante, a nuestro juicio, su intervención es del todo innecesaria en la suspensión de la ejecución de la condena impuesta, porque ahora se trata de valorar la peligrosidad del penado.

Las partes estarán representadas por el procurador y asistidos técnicamente por el letrado que actuaron en el proceso penal, salvo alteración formalizada ante el órgano judicial.

Como se ha dicho, cuando la ley se refiere a las partes, lo hace a las que en tal concepto aparezcan en el proceso, es decir, a las partes procesales y, por lo tanto, solo habría que oír al Ministerio Fiscal, sea cual sea la posición que hubiera adoptado en la causa concreta, al condenado y a quienes se hubieran personado, aun cuando lo hubieren hecho en ejercicio de la acción popular.

Veamos ahora qué sucede con el ofendido por el delito, ya sea víctima directa o indirecta, ya sea solo perjudicado. El Estatuto de la Víctima del Delito otorga la condición de víctima directa, “a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños

---

<sup>274</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 328.

emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito” (art. 1 LEV); también se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria. La protección y el apoyo a la víctima que ofrece el Estatuto no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal; si bien las disposiciones que prevé el Estatuto no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito, lo que evidencia una clara distinción entre víctima y perjudicado.

La misma distinción encontramos en los artículos 109, 109 bis y 110 LECR, que disponen que: “en el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible” (art. 109 LECR); que “las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación” (art. 109 bis); y que “los perjudicados por un delito o falta que no hubieran renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante”.

Así pues, la víctima podrá mostrarse parte como acusación particular y el perjudicado sólo podrá hacerlo como actor civil. En cualquier caso, como partes procesales que son, deberán ser oídos.

Como se ha dicho, en el epígrafe dedicado a la intervención de las partes, la víctima del delito estará legitimada, aunque no se haya mostrado parte, y siempre que

haya solicitado al órgano judicial la notificación de las resoluciones a las que se refiere la LEV, para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

b) Facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el decomiso que hubiera sido acordado.

c) Formular alegaciones antes de que el Juez de vigilancia penitenciaria dicte cualquiera de las resoluciones que refiere el art. 13.1 LEV, relativas a la ejecución de las penas impuestas por los delitos de especial gravedad que la propia Ley señala (homicidio, aborto del art. 144 del Código Penal, lesiones, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia e intimidación, terrorismo, trata de seres humanos); así como para impugnar estas decisiones, en su caso, una vez hayan sido dictadas.

Vemos, pues, que la LEV otorga legitimación a la víctima no personada, que haya solicitado ser notificada, para interesar que se impongan medidas o reglas de conducta al liberado condicional tendentes a garantizar su seguridad, así como para formular alegaciones y, en su caso, impugnar la libertad condicional concedida al penado, cuando se trate de delitos de especial gravedad; sin embargo, nada se dice de la suspensión de la ejecución de la pena, por lo que entendemos que la víctima no personada no estará legitimada para intervenir en la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena, debido, precisamente, a la gravedad de los delitos, que implicará que no se conceda la suspensión.

En el mismo sentido se pronuncia TAMARIT SUMALLA quien señala que “debe entenderse aquí que las partes son estrictamente las personadas en el proceso, sin que quepa incluir a las víctimas no personadas, al no estar la resolución por la que se acuerda la suspensión entre aquellas incluidas en los derechos de participación de la víctima regulados por la Ley 4/2015 relativa al Estatuto de la víctima del delito”<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 644.

La víctima que puede aportar información para resolver sobre la ejecución, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el decomiso que hubiera sido acordado, sin haber sido parte, lo hará a instancia de parte, por eso pensamos que sólo podrá hacerlo la que ha pedido ser informada, porque la que no es parte ni ha pedido ser notificada no tiene por qué enterarse de nada. En cambio, a la parte y al ofendido por delito público o semipúblico, sí hay que darle audiencia de oficio, porque así lo dispone expresamente el art. 80.6 CP que dispone que: “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Cabe ahora preguntarnos si tiene sentido que quien no se ha constituido como parte, pudiendo hacerlo, tenga este tipo de intervención.

Es cierto que hoy nadie niega el papel activo de las víctimas en el proceso penal, habiendo mejorado extraordinariamente su situación jurídica, sin que ello signifique, en absoluto, merma alguna de los derechos y garantías del acusado. El reconocimiento de este derecho a la participación de las víctimas en la ejecución va en la línea de aumentar la confianza de éstas en el sistema de justicia penal, y de mejorar su eficacia facilitando a las víctimas cauces de colaboración con los órganos estatales encargados de hacer ejecutar lo juzgado, que serán finalmente los que, ponderando todas las circunstancias del caso, adoptarán las decisiones relativas a la ejecución de la pena.

Es evidente que a la víctima de un delito no le es indiferente la forma en que el penado cumple la condena que le ha sido impuesta por el hecho delictivo cometido, en la medida que le puede afectar positivamente o negativamente, tanto a sus expectativas de reparación del daño causado, como a su seguridad personal, por lo que es razonable que la víctima tenga una participación activa en la fase de la ejecución penal.

Como señala NISTÁL BURÓN “ese protagonismo de la víctima debería ir encaminado a conseguir un proceso de rehabilitación de la misma en los mismos términos que el cumplimiento de la condena tiene como objetivo el proceso rehabilitador del victimario. En este sentido, una eventual intervención de la víctima en la ejecución penal está justificada en la medida en que esta intervención contribuye a la reinserción social del delincuente, que es el fin principal de la pena, mediante la responsabilización del infractor por el hecho cometido, el arrepentimiento por el mal

causado y la reparación, en la medida de lo posible, de los perjuicios materiales y morales provocados”<sup>276</sup>.

Como parte pasiva, deberán ser siempre oídos los condenados en la sentencia que se ejecuta.

En cuanto a la necesidad de oír al penado resulta cita ineludible la STC de 20 de diciembre de 2004 que dispone que: “aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (...) Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código Penal exige para la concesión de dicho beneficio –art. 81 CP–, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el art. 80.1 CP”<sup>277</sup>.

Como señala CARDENAL MONTRAVETA, “la referencia a que la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena sólo se adoptará en la sentencia cuando ello sea posible, la referencia a la audiencia de las partes antes de adoptar esta decisión, y la relevancia que tienen aquí las circunstancias personales del penado, conducen a entender que en los supuestos de **celebración del juicio en ausencia** (art. 786 LECR) aquella decisión no podrá resolverse en la sentencia, aunque la defensa del acusado haya sido escuchada (discutido). No está de más recordar aquí la interpretación que hizo el TS en relación con la expulsión de los extranjeros regulada en el art. 89. Si se admitiera la posibilidad de que, también en estos casos, se resuelva sobre la suspensión y ésta pueda ser concedida, la rebeldía del penado impedirá que corra el plazo de

---

<sup>276</sup> NISTÁN BURÓN, J., “La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario”, *Diario La Ley*, nº 8555, 5 de junio de 2015, pág. 12.

<sup>277</sup> STC, Sala 1ª, núm. 248/2004, de 20 de diciembre, RTC\2004\248.



suspensión”<sup>278</sup>. Considera el autor que “si el penado no estuviera a disposición del Juez o Tribunal sentenciador en la ejecutoria, habrá de adoptare alguna medida para lograr la disposición del reo, y sólo entonces se resolverá sobre la suspensión”<sup>279</sup>.

Obviamente, también para resolver sobre la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, o sobre su modificación deberá oírse, siempre, a las partes, como veremos en el epígrafe dedicado a la revocación.

#### **d) Trámite**

Lo primero que hemos de decir sobre el trámite a seguir para acordar la suspensión de la ejecución de las penas es que no existe tal trámite, o que hay tantos trámites como juzgados, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula la ejecución de la pena como debiera.

La única referencia a un posible trámite la encontramos en el Preámbulo de la LO 1/2015 que mantiene que con la reforma de la suspensión “se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas”; y que se ha hecho con la finalidad de “dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de ejecución de las penas de prisión”; al mismo tiempo, sigue diciendo, “se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes, y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas”.

La propuesta de CPP, al regular la ejecución de la penas, preveía una audiencia inicial en el art. 651, de manera que, por ejemplo, incoada la correspondiente ejecutoria, el Tribunal de Ejecución funcionalmente competente podría convocar a las partes a una

---

<sup>278</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, pág. 329.

<sup>279</sup> Ibidem, pág. 328.

comparecencia para que expresasen todas sus peticiones sobre posibles formas sustitutivas de cumplimiento de las penas privativas de libertad, ejecución de las responsabilidades pecuniarias y cualesquiera otras cuestiones relativas a la ejecución; pudiendo también, cuando hubiese razones que lo aconsejen, sustituir dicha comparecencia por una audiencia por escrito a todas las partes por el plazo de cinco días. A esta comparecencia sería citado el penado y las demás partes personadas, sin que fuera causa de suspensión de la vista la ausencia injustificada de cualquiera de ellos. El Tribunal de Ejecución en el acto, o en los cinco días siguientes, dictaría Auto resolviendo sobre todas las cuestiones suscitadas.

Esta audiencia inicial sería una facultad que tendría el Tribunal de Ejecución para resolver, entre otras cuestiones relativas a la ejecución, sobre las posibles formas sustitutivas de cumplimiento de las penas privativas de libertad, como es la suspensión, disponiendo el art. 651.7 CPP, que salvo que se acreditara que habían variado sustancialmente las circunstancias determinantes de la decisión, se rechazaría cualquier petición ulterior sobre las cuestiones ya decididas o aquellas que hubieren podido plantearse en este trámite.

Así, para llevar a efecto el propósito que expresa el Preámbulo de la LO 1/2015 y asegurar que jueces y tribunales resuelvan una sola vez sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no, así como las prohibiciones y deberes, prestaciones o medidas que el penado ha de cumplir durante la suspensión, será necesario:

1.- Cuando la suspensión de la ejecución de la pena se acuerde en la propia sentencia, que las partes soliciten la suspensión en el propio escrito de conclusiones provisionales, pudiendo aportar documentación o proponer la práctica de prueba necesaria para acreditar que el sujeto cumple los requisitos exigidos para ser merecedor de alguna de las alternativas de suspensión de la ejecución de la pena; no obstante, en su defecto, podrá igualmente solicitarse en el trámite de informes del juicio oral; así, el Juez o Presidente concederá la palabra al Fiscal y demás partes personadas para que, por su orden, informen, además de sobre la valoración de la prueba, calificación jurídica de los hechos, participación del encausado en los hechos y la pena solicitada, sobre la suspensión de la ejecución de la condena, pudiendo alegar lo que estimen oportuno para acreditar que el penado es, o no, merecedor del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, en cualquiera de las modalidades previstas.

Como se ha dicho, lo habitual en los juzgados y tribunales es resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena en la propia sentencia exclusivamente cuando ésta sea de conformidad y además no existan responsabilidades civiles.

2.- Cuando no haya sido posible resolver en sentencia, firme que sea ésta, se abrirá un trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, condenado y demás partes personadas, para que interesen lo que a su derecho convenga sobre cualquier alternativa distinta a la inmediata ejecución en sus propios términos de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia.

Esta audiencia se podrá verificar, bien mediante el traslado simultáneo a las partes personadas para que presenten los correspondientes escritos en el plazo que al efecto se señale, con aportación, en su caso, de la prueba que consideren oportuna, o bien mediante la convocatoria a un acto oral ante el juez o tribunal, quién podrá escuchar en unidad de acto el punto de vista de las partes, asistidas de abogado, y en caso de ser necesario, practicar las pruebas propuestas y admitidas sobre los extremos que se consideren relevantes para decidir. POZA CISNEROS observa que: “el requisito de audiencia, a excepción del caso de conformidad del art. 83.5ª (hoy art. 83.9ª), debe entenderse como posibilidad de ser oído y no como exigencia de audiencia efectiva”<sup>280</sup>.

La práctica mayoritaria en los juzgados y tribunales es oír a las partes por escrito, de manera que incoada la ejecutoria, y aportada hoja histórico penal actualizada del condenado, se da traslado a las partes personadas para que en el plazo que se señale aleguen lo que tengan por conveniente sobre la suspensión de la ejecución de la pena en cualquiera de las modalidades previstas, con aportación, en su caso, de la prueba procedente; además se requiere al penado para que abone las responsabilidades civiles, pudiendo realizar el pago íntegro de las mismas, o, en su defecto, solicitar el pago aplazado presentando la correspondiente propuesta; obviamente, antes de decidir, deberá darse nuevo traslado a la víctima o perjudicado para que manifieste lo que estime oportuno sobre el plan de pago propuesto, lo que ralentiza, a nuestro juicio, la toma de decisión. Una vez dictado el auto de suspensión, todavía será necesario citar nuevamente al penado para que comparezca ante el juzgado o tribunal al objeto de notificarle, requerirle y apercibirle de lo dispuesto en el referido auto, con la posibilidad de que no sea ya posible su localización.

---

<sup>280</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución...”, pág. 307.

Algunos juzgados exigen, como compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles, que a la propuesta de pago se adjunte resguardo de ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de una cantidad no inferior al tanto por ciento que se señale, por ejemplo un 10%, del importe total.

Pensamos que el trámite más adecuado para decidir con rapidez y eficacia sobre el tipo de suspensión más conveniente para el penado sería que el juez o tribunal convocase a las partes a una vista oral, a la que el condenado, asistido de su abogado, debería asistir con los medios de prueba de que intente valerse para acreditar que cumple los requisitos necesarios para obtener la suspensión pretendida, en la que se oiría a las partes, incluida la víctima o perjudicado, sobre el plazo de suspensión y la forma de realizar el pago de las responsabilidades civiles y, en su caso, el decomiso acordado, dictándose a continuación la resolución que procediera. Esto permitiría notificar inmediatamente el auto de suspensión al penado, haciéndole los requerimientos y apercibimientos necesarios para cumplirla.

Como se ha dicho, las víctimas estarán también legitimadas, aunque no se hayan mostrado parte en la causa, siempre que hayan solicitado ser notificadas, para facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el decomiso que hubiera sido acordado, trámite que podrían verificar en esta comparecencia.

Hasta ahora, la práctica habitual era que, encontrándose el penado a disposición del tribunal, éste se pronunciara de oficio a favor de su concesión; en cambio, en los supuestos en que no fuera, en principio, su intención otorgarla, se citaba al penado a fin de requerirle para el cumplimiento a la pena, lo que provocaba que el propio penado en el momento de su comparecencia o bien su representación procesal por escrito presentado, solicitasen la suspensión, pudiendo introducir así los alegatos que tuvieran por conveniente para que se acordase su concesión. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 esto ha cambiado y

Se procederá del mismo modo antes de resolver sobre la remisión definitiva de la pena o, en su caso, sobre la modificación o revocación de la suspensión acordada.

#### **e) Resolución**

La suspensión de la ejecución de la pena no es un derecho del penado ni un beneficio de concesión automática y obligatoria, sino una facultad potestativa y discrecional, que puede acordarse o no según las circunstancias del hecho y del autor, pero desde luego, de forma motivada (SSTC 224/92, 115/97 y 31/99)<sup>281</sup>.

Acreditado el concurso de los requisitos estudiados, el órgano jurisdiccional deberá valorar cuál de las alternativas previstas en el Código Penal se considera más operativa para la reinserción social del penado y para su pronóstico de vida futura: el cumplimiento efectivo de la pena impuesta en centro penitenciario o la suspensión de la ejecución de la pena, y dentro de ésta, la suspensión ordinaria, la suspensión-sustitución o alguna de las suspensiones extraordinarias.

El Tribunal Constitucional cuenta con una consolidada doctrina sobre la motivación suficiente de las resoluciones judiciales dictadas en materia de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, y así en la STC de 15 de noviembre de 2004, aludiendo a dicha jurisprudencia, sostiene que el Tribunal ha rechazado, “en primer lugar, que la apelación a la facultad discrecional del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad. Como sostuvimos en la STC 224/1992, de 14 de diciembre (...) «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el art. 9.3 de la Constitución» (doctrina reiterada, entre otras, en SSTC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25] , F. 2; 163/2002, de 16 de septiembre [RTC 2002, 163] , F. 4).

En segundo lugar, hemos afirmado que una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (STC 25/2000, de 31 de enero, F. 4). En particular, y dado que esta institución afecta al valor libertad personal en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la

---

<sup>281</sup> STS, Sala 2ª, núm. 349/2004, de 18 de marzo, RJ\2004\3120.

libertad tendrá lugar y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, hemos exigido la ponderación judicial de «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 163/2002, de 16 de septiembre, F. 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FF. 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 8] , FF. 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio [RTC 2003, 110] , F. 4)”<sup>282</sup>.

“En definitiva, la resolución que conceda o deniegue tal suspensión debe exteriorizar la ponderación de los bienes y derechos en conflicto. Una resolución fundada en Derecho requiere que el fundamento de la decisión no sólo constituya la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino que contenga la exteriorización de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución, de los bienes y derechos en conflicto (STC 25/2000, 31 de enero, FF. 2, 3 y 7)”<sup>283</sup>.

“Sin olvidar, por otra parte, que la exigencia de motivación que deben revestir las resoluciones judiciales «ex» art. 24.1 CE adquiere un singular rigor cuando, como en el caso ahora enjuiciado, se trata de pronunciamientos que, en definitiva, afectan de alguna manera al derecho fundamental a la libertad personal garantizado por el art. 17.1 de la Constitución”<sup>284</sup>.

Así pues, podemos afirmar que cualquier decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, tanto en sentido favorable a la suspensión de la ejecución de la pena, como en sentido contrario, ya sea en sentencia o en Auto posterior, deberá aparecer suficientemente motivadas, debiendo descartar todas las modalidades de suspensión posibles, o fundar por qué corresponde la acordada y no otra que pudiera resultar más beneficiosa o flexible, si bien los razonamientos necesarios para denegarla serán, por lo general, más complejos, por cuanto que el Tribunal deberá atender a las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus

---

<sup>282</sup> STC, Sala 1ª, núm. 202/2004, de 15 de noviembre, RTC\204\202.

<sup>283</sup> STC, Sala 1ª, núm. 8/2001, de 15 de enero, RTC\2001\8.

<sup>284</sup> STC, Sala 2ª, núm. 264/000, de 13 de noviembre, RTC\2000\264.

circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

La exigencia de motivación será extensible a otras decisiones que puedan adoptarse en relación con la suspensión, como la revocación por comisión de nuevo delito o por incumplimiento de las reglas de conducta, la sustitución de una regla del art. 83 por otra o la prórroga de la suspensión, que veremos más adelante.

## **f) Recursos**

Lógicamente, cuando se haya acordado la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la propia sentencia condenatoria, quedará sujeta al régimen general de recursos previsto para ésta, en los términos dichos para la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional.

Pero, ¿qué clase de recursos podrán ser interpuestos cuando la resolución en la que se acuerde la suspensión sea un auto?

Para estos casos, ni el Código Penal, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni tampoco la LOTJ, contemplan expresamente los recursos procedentes contra las resoluciones en las que se acuerde conceder o denegar la suspensión de la pena o penas impuestas. Es preciso recurrir, por lo tanto, a las normas generales. Habitualmente, dadas las penas cuya ejecución puede ser suspendida, las normas aplicables serán las del procedimiento abreviado (art. 766 LECR).

Así, frente al auto resolviendo sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, dictado por el Juez de Instrucción o por el Juez de lo Penal o Central de lo Penal, podrá interponerse recurso de reforma y/o de apelación, en un solo efecto, ante la Audiencia Provincial correspondiente o ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Contra los autos de las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cabe recurso de súplica, sea cual fuera el procedimiento seguido, ante la misma Sala (art. 236 a 238 LECR), pero en ningún caso cabrá recurso de casación. Así se ha pronunciado reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo. A título de ejemplo, la STS núm. de 25 marzo de 2002, en la que se expone la doctrina ya consolidada de la Sala, decía lo siguiente: “en el Código Penal vigente no existe

precepto alguno que autorice dicho recurso, ni existe siquiera el presupuesto que habilitaba para su interposición en el Código Penal anterior, pues se han suprimido los supuestos de concesión del beneficio por ministerio de la ley, razón por la cual ante la inexistencia de la autorización legal expresa que exige el art. 848 de la LECR, debe concluirse que los autos resolviendo sobre la suspensión de la ejecución de las penas no son recurribles en casación”<sup>285</sup>.

En el mismo sentido la STS núm. de 18 de marzo de 2004, recordaba taxativamente que: "los autos sobre suspensión de la condena o sobre sustitución de las penas privativas de libertad no son recurribles en casación"<sup>286</sup>. También las SSTs 597/2000, de 16 de octubre; 1208/2000, de 18 de febrero y 578/1998, de 27 de abril.

También es posible el recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se aprecie infracción en derecho fundamental.

## **7. Plazo de suspensión**

Al tiempo de acordarse la suspensión de la ejecución de la pena o penas impuestas deberá fijarse también el término durante el cual se mantendrá la suspensión acordada. A este respecto el art. 81 CP dispone que “el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80. En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.

Así pues, del tenor literal de este artículo se desprende que el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, de tres meses a un año para las penas leves, y de tres a cinco años en el caso de la suspensión para drogodependientes; este plazo se fijará por el juez o tribunal, atendidas las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa

---

<sup>285</sup> STS, Sala 2ª, núm. 539/2002, de 25 de marzo, RJ\2002\4028.

<sup>286</sup> STS, Sala 2ª, núm. 349/2004, de 18 de marzo, RJ\2004\3120.



esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Así pues, estos criterios, que ya habrán sido objeto de consideración a la hora de valorar la peligrosidad del sujeto, se tendrán en cuenta también para imponer un plazo más largo de suspensión, por ejemplo, en aquellos casos en los que la peligrosidad del sujeto, aun permitiendo la concesión del beneficio, así lo aconseje para reforzar el sentido de responsabilidad del sujeto o intensificar las medidas que pudieran imponérsele. Para fijar el plazo de suspensión el Tribunal tendrá en cuenta también la duración de la pena, de manera que se podrá imponer un plazo de suspensión mayor cuando, por ejemplo, junto con la pena privativa de libertad no superior a dos años que se suspende, exista también una responsabilidad personal subsidiaria que, por imposición del art. 80.2.2ª) CP, no se habrá incluido en el cómputo.

Respecto de las penas leves, es obvio que, en principio, la referencia contenida en el art. 81 CP únicamente puede concernir a la pena de localización permanente de hasta tres meses de duración o a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa de menos de tres meses (art. 33.4 CP) cuando, además, haya sido establecida en la sentencia firme como pena única.

Pero ¿qué pasa con la suspensión por enfermedad grave o incurable? La reforma operada por LO 1/2015 se refiere expresamente a la suspensión de penas privativas de libertad no superiores a dos años y penas leves, así como a la suspensión para drogodependientes, sin hacer alusión a la suspensión por enfermedad grave o incurable, en la que, como se ha visto, puede suspenderse cualquier pena privativa de libertad. Estamos, pues, en el mismo punto en el que nos encontrábamos antes de la reforma, pues el antiguo art. 80.4 CP, que regulaba esta suspensión, no sólo no determinaba periodo alguno de suspensión, sino que ni siquiera hacía referencia a la necesidad de su establecimiento.

PUENTE SEGURA<sup>287</sup> considera que “en una interpretación apegada al texto de la norma, acordar la suspensión “sin sujeción a requisito alguno” parece, más bien, estar aludiendo al (no) establecimiento de un período de suspensión, a la fijación de condiciones o reglas de conducta y posterior revocación en caso de incumplimiento”; así pues entiende el autor que la absoluta ausencia de previsión legislativa respecto al

---

<sup>287</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 226-227.

establecimiento de un período de suspensión, determina la necesidad de considerar que la decisión resulta para el órgano jurisdiccional irrevocable, aun cuando el penado cometiese un nuevo delito.

POZA CISNEROS, por el contrario, entiende que “pese a no existir norma expresa al respecto, deben ser de aplicación los plazos generales de suspensión previstos en el art. 80.2 (actual art. 81). Asimismo, parece razonable extender la posibilidad de imponer las reglas del art. 83 para garantizar, por ejemplo, que el penado enfermo se abstenga de acudir a determinados lugares o que comparezca, mientras su estado lo permita, en los centros sanitarios que se designen”; añade la autora que: “Aunque razones humanitarias permitan prescindir de la mayor parte de los requisitos de la suspensión, no por ello debe negarse todo contenido preventivo al beneficio, máxime si ya no se entiende reservado a enfermos terminales”<sup>288</sup>.

A nuestro juicio, aunque el legislador no menciona la suspensión extraordinaria del art. 80.4 CP en el art. 81 y la ha desvinculado del resto de los requisitos precisos para la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad, no por eso excluye la aplicación del resto de los preceptos contenidos en la sección. Particularmente entendemos que en este caso se habrá de fijar un plazo de suspensión de dos a cinco años “atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80”, suspensión que estará condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado; caso de que se incumpliera el requisito, el art. 86 CP impone la revocación de la suspensión, aunque esta revocación pueda, en su caso, terminar en la aplicación del art. 91 CP, y obtener así el condenado la libertad condicional en los términos que allí se exponen.

No hay que olvidar que se trata de una suspensión de la ejecución de la pena por razones humanitarias que, como tal, no está prevista como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el art. 130 CP, por lo que si no se establece un plazo de suspensión en ningún momento procedería la remisión definitiva de la pena, ni, en consecuencia, se cumpliría el requisito necesario para que pudieran ser computados los plazos indispensables para la cancelación de los antecedentes penales.

## **8. Condiciones para mantener la suspensión**

---

<sup>288</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución...”, pág. 301. Lo entre paréntesis es nuestro.

Como ya dijimos, al tiempo de acordarse la suspensión de la ejecución de la pena o penas privativas de libertad impuestas deberá fijarse también el término durante el cual se mantendrá la suspensión acordada, de tal modo que transcurrido el mismo y cumplidos los requisitos que se puedan imponer, la pena quedará extinguida.

Hemos dicho también que el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas no superiores a dos años, de tres meses a un año para las penas leves, y de tres a cinco años para las suspensiones por drogadicción; que dicho plazo se fijará por el Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del art. 80.1 CP.

El art. 82.2 CP establece que el plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme. No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía.

Nos parece muy acertado que el legislador haya abordado el *dies a quo* del plazo de suspensión, ofreciendo así una seguridad jurídica a esta cuestión, aunque pensamos que no lo ha hecho de la forma más acertada. La doctrina y la jurisprudencia han venido considerando de forma mayoritaria que el plazo de suspensión se inicia en el mismo momento en que se notifica al penado el auto por el que se le concede la suspensión de la ejecución de la pena, pues sólo a partir de esa fecha conoce las obligaciones a que queda sometido y las consecuencias de su incumplimiento.

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 10 de octubre de 2005, señalando que: “La propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del *ius puniendi* se compromete a remitir la pena en la medida en que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el período de prueba a que este último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena”; y esto es así con independencia de la eventual interposición de recursos contra el mismo, pues “carecería, en efecto, de sentido dilatar sine die dicho inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de «prueba» preestablecidos el periodo adicional [...] que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado

contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería revocada de conformidad con lo establecido en el art. 84 CP; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se ocasionaría inseguridad jurídica al penado dado que no podría saber en qué momento exacto debía situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilatará varios años.

Existe, por otra parte, otra razón de peso para alcanzar esa misma conclusión de que el período probatorio comienza a correr a partir de la fecha en la que se concede la suspensión de la ejecución de la pena, sin que la interposición de un recurso eventualmente admitido en un solo efecto contra dicha decisión lo interrumpa. A tenor de lo dispuesto en el art. 136 CP, los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, siendo para ello requisito indispensable, entre otros, que no hubieran delinquido nuevamente durante un cierto plazo –que en este caso sería de tres años, de conformidad con lo establecido en el art. 136.2 CP–, debiendo comenzar el cómputo de dicho plazo, según reza el texto del art. 136.3 CP, desde el día siguiente a aquel en el que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional. Pues bien: de seguirse el criterio enunciado en los Autos recurridos en el sentido de que la presentación de un recurso de apelación contra los mismos suponía su ausencia de firmeza y, en consecuencia, una situación equivalente a que el beneficio en cuestión no se hubiera comenzado a disfrutar, estaríamos ante un supuesto de hecho en el que el penado no sólo vería retrasado sine die el disfrute de la medida de suspensión condicional de la pena inicialmente concedida, sino también la extinción de dicha pena y, en consecuencia, su derecho a reclamar, en su momento, la cancelación del correspondiente antecedente penal. Sería, en definitiva, como si lo que en un principio se presenta como un beneficio para el condenado a pena corta privativa de libertad redundara finalmente en un claro perjuicio, derivado de su sometimiento a un período de tiempo más o menos largo y, en cualquier caso, indefinido antes de que pudiera comenzar a cumplir la condición impuesta y, con ello, a activar el cómputo del plazo previsto para que, una vez cumplida dicha pena, pudiera optar a la cancelación de tal

antecedente penal. Lo que, lejos de favorecer su rehabilitación y reinserción social, retardaría indebidamente tal efecto”<sup>289</sup>.

Por lo expuesto, entendemos que hubiera sido preferible que el CP fijara como *dies a quo* el de la notificación de la resolución en la que se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena personalmente al penado, lo que resulta más coherente con el fundamento de la suspensión y su naturaleza de forma sustitutiva del cumplimiento de la pena, que permite extinguir la responsabilidad criminal; no obstante, el hecho de que el art. 82 *in fine* disponga que “no se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía”, parece indicar que la notificación de la resolución al penado sí será necesaria.

Como señala CARDENAL MONTRAVETA, “la eficacia preventiva especial de la suspensión depende, en buena medida, de que el penado conozca que aquélla ha sido acordada, el plazo de suspensión y las condiciones fijadas para mantenerla. Ello conduce a la conclusión de que, en principio, la suspensión de la ejecución debe notificarse personalmente al penado, también cuando su mantenimiento se condiciona, únicamente, a que aquél no cometa nuevos delitos, pues la obligación de no delinquir tiene entonces unas consecuencias –la revocación de la suspensión– de las que carece con carácter general”<sup>290</sup>. Considera el autor que “difícilmente podrá cumplir las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas impuestas para mantener la suspensión el penado a quien no se le han notificado. En cualquier caso, queda claro que el art. 82.2 CP ya no hace depender el inicio de la suspensión de la ejecución de la pena de la notificación de la resolución en la que se acuerda, sin perjuicio de que la imposibilidad de notificársela personalmente derive en una declaración de rebeldía que, a su vez, detenga el cómputo del plazo de suspensión mientras que el penado se mantenga en tal situación”<sup>291</sup>.

DE PAÚL VELASCO, entiende que “como en ejecución de sentencia no existe una declaración formal de rebeldía, pueden generarse a este respecto situaciones de oscuridad o ambigüedad, en casos en que el condenado no sea localizado por el órgano judicial y el sujeto alegue que ello se debió a un error del propio órgano o del servicio

---

<sup>289</sup> STC, Sala 2ª, núm. 251/2005, de 10 de octubre, RTC\2005\251.

<sup>290</sup> CARDENAL CONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 330.

<sup>291</sup> CARDENAL CONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 131 y 132.

de correos, o a una infracción meramente formal por su parte, sin ánimo de eludir a la justicia, como la omisión de comunicar un cambio de domicilio o residencia (lo que por sí solo era causa de revocación en la ley de 1908). Parece indiscutible que, salvo supuestos claros de fuga o sustracción a la justicia, las demás situaciones del tipo de las mencionadas no deben dar lugar a esta “suspensión del plazo suspensivo”, valga la redundancia”<sup>292</sup>.

Vemos, pues, que la LO 1/2015 da respuesta expresa al supuesto, nada infrecuente, de ilocalización del penado tras la concesión de la suspensión; no es de la misma opinión el CGPJ, que en su informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal, entiende que: “la falta de localización del penado, que se ha puesto fuera del alcance del órgano judicial, impidiendo la notificación del Auto de suspensión –y en consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones o medidas que pudieran haberle sido impuestas-, debería dar lugar a la revocación del beneficio”<sup>293</sup>. No podemos estar de acuerdo con esa afirmación, primero, porque la “falta de localización del penado” no es una causa legalmente prevista de revocación; y segundo, porque tendría poco sentido admitir que se pueda acordar la remisión de la pena, o revocar la suspensión de su ejecución, antes de que el condenado conociera que ésta se había acordado. Por el contrario, entendemos que juzgado o tribunal deberá intentar primero la averiguación del domicilio del penado, utilizando los medios que al efecto le ofrece la aplicación “Punto Neutro Judicial”, y solo si esto no fuera posible, se justificará su búsqueda por requisitorias y que se ordene a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la búsqueda, localización y puesta a disposición del penado, declarándose su rebeldía después de que haya transcurrido el tiempo fijado en el llamamiento por requisitorias sin que el penado se persone o se ponga a disposición del juez o tribunal encargados de la ejecución.

Así, notificada que sea la resolución, se contará como día de inicio el de su dictado o firmeza de la sentencia, en su caso, como algo beneficioso para el reo, quedando fuera del cómputo el plazo en el que el penado no haya estado a disposición del juzgado o tribunal, o lo que es lo mismo, el tiempo en que se hubiera mantenido en situación de rebeldía. Parece claro, entonces, que la notificación al penado sí será necesaria para que comience a correr el plazo de suspensión.

---

<sup>292</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 14.

<sup>293</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto..., págs. 91 y 92.

Para CARDENAL MONTRAVETA, “el cómputo del plazo de suspensión se paralizará desde el momento en que se declare la rebeldía, que no está prevista específicamente como causa de revocación de la suspensión. Pero, sin perjuicio de lo dicho antes sobre la importancia de que el penado conozca que se ha acordado la suspensión, no puede descartarse totalmente que la declaración de rebeldía vaya seguida de la revocación de la suspensión, pues no parece razonable entender que hasta entonces transcurre el plazo de suspensión, pero el incumplimiento de las condiciones sólo puede justificar la revocación de la suspensión cuando el penado conozca que ésta ha sido acordada. Naturalmente, la posibilidad de ejecutar la pena dependerá de que ésta no haya prescrito, lo cual pone de relieve la trascendencia de los criterios para computar el plazo de suspensión, ya que el art. 134.2.a) prevé ahora expresamente que aquél se suspenderá *durante el período de suspensión de la ejecución de la pena*”<sup>294</sup>.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA entiende que “la situación de rebeldía cuenta como dato excluyente en el cómputo del plazo de suspensión, y debiera serlo para la concesión del beneficio que no debiera alcanzar a quien se manifestó rebelde con la decisión jurisdiccional”<sup>295</sup>.

Esta solución, como decíamos, no es la más adecuada a nuestro juicio, porque teniendo en cuenta que la rebeldía requiere de una declaración específica, que no es automática, sino que se alcanza tras una serie de actuaciones, surgirá la duda sobre si el tiempo que medie entre la resolución que acuerda la suspensión y la declaración de rebeldía computa o no como plazo de suspensión; y cuando no llega a haber declaración de rebeldía porque el penado es localizado poco antes de producirse tal declaración, si todo ese tiempo transcurrido cuenta o no como de suspensión.

El AAP de Jaén de 29 de noviembre de 2016 afirma que: “según dispone el art. 82.3 CP no se computará como plazo de suspensión el período en que se hubiese mantenido el penado en rebeldía. Por tanto, el auto de concesión de la suspensión no produce efecto alguno mientras no se notifique personalmente al penado. [...] La situación de rebeldía del penado previa a la notificación del auto de suspensión no es uno de los supuestos previstos de revocación, por lo que cuando el penado se constituya en ignorado paradero lo procedente es la orden de búsqueda, detención y personación a

---

<sup>294</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 330 y 331.

<sup>295</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pág. 195.

fin de notificarle el auto con las advertencias e imposición de deberes que considere necesario la juzgadora”<sup>296</sup>.

Según este criterio, nada ha cambiado, pues mientras que el penado se halle en rebeldía, no correrá el plazo de la suspensión, que comenzará a contar tan pronto sea habido y se le notifique la resolución que la acuerda, haciéndole los apercibimientos legales, es decir, que el plazo de suspensión comienza a computar cuando se notifica la resolución que la acuerda.

AAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2016 entiende que el art. 82.2 CP no vincula “el inicio del cómputo del término a la notificación personal al penado de la suspensión de la ejecución, aun cuando establece que no se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía.

En este supuesto, y a tenor de los datos que constan en la ejecutoria, [...] en fecha 16-07-12 se dictó auto, que al parecer no fue recurrido, acordando la suspensión de la ejecución de la pena de un año de prisión impuesta, auto que no fue notificado al penado de forma personal, sin que conste que el ya penado se encontrara en rebeldía, hasta el día 14-03-13. [...] El término de dos años debe comenzar a computarse desde el 16 de julio de 2012, y entenderse cumplido, en tanto no consta en la resolución recurrida, que haya quedado insatisfecha la responsabilidad civil a cuyo abono también se condicionaba la suspensión, en fecha 16 de julio de 2014”<sup>297</sup>.

En este caso, se notifica al penado el auto que acuerda la suspensión el 14/03/2013, sin que antes se hubiera acordado su rebeldía, por lo que la Audiencia entiende que el plazo de dos años de suspensión empieza a computar a partir del dictado de la resolución que la acuerda, 16/07/2012, y debe entenderse cumplido el 16/07/2014. Así, el plazo transcurrido entre el dictado del auto y la notificación del mismo, debe computar como plazo de suspensión en beneficio del reo.

Es claro, pues, que será necesario el dictado del auto que acuerde la rebeldía del penado para que se entienda suspendido el cómputo del plazo de suspensión, que comenzará a correr tan pronto el penado sea habido y se le notifique la suspensión con los apercibimientos legales; si no se llegara a acordar la rebeldía, el plazo de suspensión

---

<sup>296</sup> AAP de Jaén, Sec. 2ª, núm. 740/2016, de 29 de noviembre, JUR\2017\10084.

<sup>297</sup> AAP de Barcelona, Sec. 7ª, núm. 680/2016, de 29 de septiembre, JUR\2017\29681.



comenzará a correr el día del dictado del auto que lo acuerda, o, la firmeza de la sentencia, en su caso.

#### **a) No ser condenado por delito**

La primera condición que tiene que cumplir el penado, y que se infiere del tenor literal del art. 86 CP es la de no ser condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Es decir, se exige del órgano sentenciador un juicio apreciando que esa nueva infracción pone de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

Para DE PAÚL VELASCO, “aunque la expresión legal es algo alambicada (seguramente porque es una traducción del § 56f (1)1 StGB), su sentido es claro: la comisión de un nuevo delito durante el plazo suspensivo determinará la revocación, salvo que esa nueva infracción, por su menor entidad, por sus circunstancias o por su patente falta de conexión con el delito precedente, permita mantener inalterado el juicio de peligrosidad delictiva en el que se fundó la decisión de suspensión y no suponga la frustración de la expectativa de suficiencia preventivo-especial de esta medida alternativa. Obviamente, ese juicio del órgano sentenciador, en un sentido o en otro, deberá ser motivado”<sup>298</sup>.

De manera que si el penado comete un delito durante el periodo de suspensión y es condenado, el Juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena siempre que ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Es decir, que con la comisión por parte del penado de este nuevo delito, se entiende que el pronóstico favorable de comportamiento futuro que se tuvo en cuenta para acordar la suspensión de la ejecución de la pena no se ha cumplido, por lo que ya no es posible esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Así lo ha valorado AP de Cantabria en su auto de 11 de febrero de 2016, cuando dice: “La recurrente fue condenada por un delito de lesiones, una falta de lesiones y una

---

<sup>298</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 20.

falta de malos tratos. Si el nuevo delito cometido hubiera sido un delito contra las personas, evidentemente no cabría el mantenimiento de la suspensión, pero no ha sido así, tratándose de un delito contra la seguridad vial -conducción ética de vehículo a motor-, delito que nada tiene que ver con los delitos contra las personas. La expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada, que no era otra que esperar que la condenada no volviera a cometer delitos contra las personas en cualquiera de sus modalidades, sigue por tanto incólume, y por tanto el juez o tribunal puede perfectamente no revocar la suspensión”<sup>299</sup>.

El AAP de Navarra de 25 de septiembre de 2016, mantiene la suspensión de la ejecución de la pena acordada en su día, afirmando que “el artículo 86.1 del Código Penal no exige que el nuevo delito cometido durante el plazo de suspensión, esté comprendido en el mismo capítulo del Código Penal, sólo exige la comisión de un nuevo delito y que ello demuestre el decaimiento de la expectativa que justificó la concesión de la suspensión. [...] Dadas las características de la acción típica cometida -de naturaleza completamente diversa a la propia del delito por el que fue condenado en la presente ejecutoria-, la misma revela la comisión de un hecho puntual, con una tasa de alcohol en aire espirado del 0,79, no indicativa de grandes consumos.

En el presente caso, el nuevo delito cometido, no evidencia la frustración de la expectativa que había sido puesta por este Tribunal al acordar la suspensión, no guarda relación ninguna con el que como decimos que motivo el pronunciamiento condenatorio suspendido. Y hasta el momento de la comisión del nuevo delito, transcurrido la mitad del plazo de suspensión, el condenado ha mantenido una conducta intachable, en cuanto al cumplimiento de las medidas que le fueron impuestas para el mantenimiento de la suspensión”<sup>300</sup>.

Como señala DE PAÚL VELASCO, “ya no habrá que revocar la suspensión al estafador que devolvió el dinero mal habido y que, a falta solo de una semana para obtener la remisión definitiva, es detenido conduciendo con un nivel de alcoholemia por encima del límite penal, ni al condenado que a impulsos del alcohol empujó violentamente a su esposa durante una discusión ocasional y que, tras haber seguido correctamente el programa de violencia de género y mantenerse abstinente, quebranta la

---

<sup>299</sup> AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 44/2016, de 11 de febrero, ARP\2016\403.

<sup>300</sup> AAP de Navarra, Sec. 2ª, núm. 257/2016, de 27 de septiembre, JUR\2016\248457.

pena de alejamiento a instancias de la propia víctima, deseosa de reanudarla convivencia con él”<sup>301</sup>.

Obviamente, no se tendrán en cuenta los delitos imprudentes o los delitos leves cometidos durante el periodo de suspensión puesto que este tipo de delitos no se estimaron relevantes para valorar la peligrosidad del sujeto al conceder la suspensión de la ejecución de la pena, por lo que tampoco lo serán ahora para entender que ha cambiado la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión. Sin embargo, para DE PAÚL VELASCO, “los delitos leves (antiguas faltas) podrán ahora dar lugar a la revocación, pero solo cuando revelen el fracaso preventivo-especial de la suspensión, como seguramente ocurrirá tratándose de infracciones de la misma naturaleza o bien jurídico protegido que el delito previo, pero de menor gravedad (caso de los delitos patrimoniales de apoderamiento o de la violencia de género en la pareja)”<sup>302</sup>.

Será necesario, además, para que pueda revocarse la suspensión acordada, por respeto al derecho constitucional a la presunción de inocencia, que se haya dictado una sentencia condenatoria firme por ese nuevo delito cometido durante el periodo de suspensión.

Pero, ¿qué sucede si la referida condena recae con posterioridad al plazo de suspensión?, ¿y si recae con posterioridad al dictado del auto de remisión de la pena?

Para responder a estas preguntas, cabe citar en primer lugar la Circular 1/2005 de la Fiscalía General del Estado que dice que: “la suspensión concedida no se puede revocar por la comisión de delitos anteriores al acto de concesión, con independencia del momento en el que hubieran sido sentenciados, y la revocación de su concesión procede si los hechos delictivos se cometieron durante el plazo de suspensión, siendo intrascendente que la correspondiente sentencia fuera dictada después de su finalización”.

Cuando la sentencia condenatoria firme por el delito cometido durante el periodo de suspensión recaiga con posterioridad a dicho plazo, si todavía no se hubiera dictado el correspondiente auto de remisión de la pena, entendemos que no habrá inconveniente alguno para proceder a la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, puesto que se habrá cumplido el requisito exigido en el art. 86.1.a) CP para proceder a la

---

<sup>301</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 20

<sup>302</sup> Ibidem, pág. 21.

revocación de la suspensión, que es: haber sido condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión, siempre, claro está, que ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

A este respecto POZA CISNEROS advierte que si no fuera así “los hechos cometidos en fechas próximas a la expiración del plazo devendrían absolutamente irrelevantes, por imposibilidad material de enjuiciamiento anterior a dicha fecha, con el riesgo añadido de dilación fraudulenta de los procesos, con el fin de que la sentencia recaiga o sea firme cuando ya ha transcurrido el plazo de suspensión”<sup>303</sup>.

No es de la misma opinión GARCÍA SAN MARTÍN, quien estima que “esta controversia viene suscitada por la más que usual aunque, habida cuenta la escasa dotación de medios y el generoso volumen de asuntos asignados, justificada práctica forense en la que no encuentran coincidencia el día siguiente al del término del plazo de suspensión fijado con el día en que se procede a revisar o reaperturar la consiguiente ejecutoria a efectos de dictar o no el correspondiente Auto de remisión definitiva, por cuanto si en puridad coincidieran, ninguna virtualidad tendría o ninguna controversia generaría el supuesto planteado. No obstante, y no siendo ésta la realidad que de sólo acaece, entiendo que habiendo trascurrido el plazo de suspensión fijado sin que hasta la fecha de tal término final se haya declarado la firmeza de una sentencia que declare la efectiva comisión por el reo de un hecho delictivo dentro del intervalo marcado por tal plazo, la única solución que resulta procedente es la declaración de la extinción de la responsabilidad criminal por remisión definitiva, se haya acordado o no en el momento oportuno que no es sino al término de la expiración del plazo de suspensión, y sin que la dilación en su dictado, en ningún caso, pueda servir para perjudicar al reo, dotando de consecuencias jurídicas a la firmeza de una sentencia declarada con posterioridad al término final del referido plazo de suspensión, y que de no haber acaecido tal dilación en la declaración de la remisión definitiva, hubiera sido a tal efecto inadvertida e irrelevante”<sup>304</sup>.

No obstante, conviene advertir, como lo hace el CGPJ en su informe al Anteproyecto, que frente a la regulación del antiguo art. 83.1 CP, que disponía que “la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no

---

<sup>303</sup> POZA CISNEROS, M, “Suspensión, sustitución y libertad condicional...”, pág. 272-273.

<sup>304</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, págs. 77 y 78.

delinca en el plazo fijado por el Juez o tribunal”, la reforma no establece esa obligación de manera expresa, sino que la misma se deduce del régimen de la revocación del art. 86 y del régimen de remisión de la pena del art. 87 CP, ambos en su redacción dada por LO 1/2015; lo que resulta acertado para TRAPERO BARREALES quien considera que tal condición no es “una prohibición o deber que vaya dirigida a la evitación de que el sujeto delinca, sino que se trata de una condición que pertenece al régimen de la revocación de la suspensión”<sup>305</sup>.

Sin embargo, el problema será mucho mayor cuando la sentencia firme condenatoria por el nuevo delito recayese con posterioridad al dictado de dicha resolución. Porque el art. 87.1 CP determina que: “transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

La expresión “sin haber cometido el sujeto un delito” equivale, sin ninguna duda, a la expresión “sin haber delinquido el sujeto” utilizada por el art. 85.2 CP, en su redacción anterior a la LO 1/2015, que habremos de interpretar, por respeto al derecho constitucional a la presunción de inocencia, como que se haya dictado una sentencia condenatoria firme por ese nuevo delito cometido durante el periodo de suspensión.

La cuestión estriba en determinar si esa declaración de remisión de la pena prevista en el art. 87.1 CP resulta sólo provisional, hasta tanto se produzca la prescripción de la pena suspendida, o si, por el contrario, presenta carácter definitivo, con independencia de que con posterioridad pudieran recaer sentencias condenatorias por hechos cometidos durante el periodo de suspensión de la ejecución de la primera pena.

A este respecto la Circular 1/2005 de la FGE dice que: “cuando tras la remisión de la pena, se descubra que durante el plazo de suspensión se cometió un delito o se infringieron las reglas de conducta impuestas, en este caso en las circunstancias previstas para producir el efecto revocatorio, los Sres. Fiscales continuarán interesando de los órganos judiciales la revocación de la declaración de extinción de la responsabilidad criminal, de la remisión de la propia suspensión, y la ejecución de la

---

<sup>305</sup> TRAPERO BARREALES, M.A., “El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP”, *Diario La Ley*, n° 7941, 2012, pág. 7.

pena impuesta. Por los mismos motivos los Sres. Fiscales no se opondrán a que, una vez transcurrido el plazo de suspensión y, no constando en la correspondiente hoja histórico penal la comisión de nuevos delitos, ni tampoco, en su caso, la infracción de las reglas de conducta impuestas, se acuerde la extinción de la responsabilidad criminal, pero harán constar expresamente en sus informes que tal declaración se encuentra condicionada a lo dispuesto en el art. 85.2 CP (“transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto...”), y se opondrán a los intentos de automatizar la declaración de extinción de la responsabilidad criminal sin la previa realización de las correspondientes comprobaciones”.

En el mismo sentido se pronuncian parte de la doctrina y de la jurisprudencia; PUENTE SEGURA cuando dice que: “deberá considerarse que la remisión de la pena cuya ejecución quedó en suspenso será provisional hasta tanto transcurran los plazos establecidos en el art. 133 del CP, toda vez que otro entendimiento haría depender la eventual revocación de la suspensión acordada de la mayor o menor agilidad del órgano jurisdiccional para dictar la resolución que acuerda la remisión de la pena”<sup>306</sup>; la Sentencia del TS, 1567/2004, de 27 de diciembre que viene a decir que la remisión definitiva tiene una “*eficacia claudicante*” que sólo se convertiría en definitiva cuando hubieran transcurrido los plazos previstos en el art. 133 CP, sin ser dictada sentencia condenatoria firme por el delito cometido durante el período de suspensión; y el AAP de Zaragoza de 11 de julio de 2002 que señala que: “estando la suspensión de ejecución de pena basada en razones de prevención especial y que se concede o deniega atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto (art. 80.1 C.P.), es contradictorio con su “*ratio essendi*”, que acreditada, por la ejecución en período suspensivo de un delito, dicha peligrosidad criminal del autor, no se revoquen los beneficios otorgados y no se ordene la ejecución de la pena suspensa. Máxime cuando tales beneficios y la continuidad en su disfrute se han hecho depender por el Juez de la expresa condición resolutoria de no volver a delinquir en el período suspensivo. Si el artículo 84.1 del C.P. obliga al Juez a revocar la suspensión de la ejecución de la pena si el sujeto delinquiera durante el período de suspensión y no añade a continuación, salvo que ya se hubiera dictado el auto de remisión, exigir esa precisión limitativa de su sentido literal constituye el ejercicio de una facultad vedada al Juez, por cuanto “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”. Y sin que tal criterio afecte al principio de

---

<sup>306</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 147-148.

seguridad jurídica en que se basa la Juez para rechazar la pretensión del Ministerio Fiscal, ya que tal principio tiene que ver con razones arbitrarias de puro hecho; que no es el caso”<sup>307</sup>.

Parece que avala este argumento la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, puesto que, por un lado, añadió una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal a las ya existentes, que es *la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código*, por lo que procederá la extinción cuando se haya cumplido la condición esencial de no delinquir y, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o tribunal; y por otro, la citada LO modificó el propio art. 85.2 CP, suprimiendo la parte que ordenaba la cancelación de la inscripción hecha en la Sección Especial del Registro Central de Penados y Rebeldes; y también el art. 136.3 CP que, en relación con el cómputo de los plazos previstos para la cancelación de antecedentes penales, dispone que: “estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de ese beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión”. Con esta reforma parece que el legislador hubiera pretendido distinguir entre una primera remisión condicionada al cumplimiento de las condiciones establecidas y una remisión definitiva, que se produciría cuando se hubiera comprobado que el sujeto no ha delinquido durante el plazo de suspensión o, en su caso, cuando la pena hubiera prescrito. Como mantiene DE PAÚL VELASCO, “de seguirse la tesis sostenida por la Fiscalía General del Estado y asumida, ocasionalmente y *obiter dictum*, por el Tribunal Supremo, el único límite temporal a la posibilidad de revocación posterior a la remisión definitiva será el de la prescripción de la pena. Pero, como quiera que en la reforma se establece igualmente que el plazo de la suspensión no computa para la prescripción, nos podemos encontrar con que una condena sobrevenida por un delito aislado determine la revocación de la suspensión y el cumplimiento efectivo de una pena de prisión impuesta por un delito cometido ocho, diez o más años antes”<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> AAP de Zaragoza, Sec. 3ª, núm. 183/2002, de 11 de julio, JUR\2002\227460.

<sup>308</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 23.

El art. 130.3º CP mantiene como causa de extinción de la responsabilidad criminal la “remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 87”; también se mantiene lo relativo al cómputo de los plazos previstos para la cancelación de los antecedentes penales, pero ahora regulado en el art. 136.2 CP.

No obstante todo lo expuesto, no podemos estar de acuerdo con esta corriente doctrinal toda vez que si bien es cierto que el art. 86.1.a) CP obliga al Juez o tribunal a revocar la suspensión de la ejecución de la pena si el sujeto hubiera sido condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, también lo es que el art. 87.1 CP le obliga a acordar la remisión de la pena si ha transcurrido dicho plazo sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y ha cumplido de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal. Sin embargo, entendemos que si durante el periodo de tiempo necesario para realizar la debida comprobación, posterior a la expiración del plazo pero anterior a la remisión de la pena, recayese sentencia condenatoria referida a hechos cometidos durante el plazo de suspensión, que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, sería causa de revocación. Lo que no nos parece admisible, por la inseguridad jurídica que de ello se derivaría, es que se pueda dejar sin efecto una resolución judicial firme cuando, además, esa resolución ha extinguido la responsabilidad criminal derivada del delito, ni desde luego, como señala POZA CISNEROS, “retrasar deliberada o negligentemente la comprobación del cumplimiento de eventuales condenas”<sup>309</sup>.

Así lo ha interpretado también la AP de Burgos al resolver un recurso de apelación por pretender el juzgado de ejecución revocar la suspensión cuando ya había sido acordada la remisión de la pena y archivadas las actuaciones penales, afirmando en su auto de 20 de octubre de 2011 que: “en este contexto, es claro que, por aplicación del principio de intangibilidad de las resoluciones jurídicas deba primar la remisión de la pena acordada por Auto de 24 de Septiembre de 2007, pues lo contrario supondría extender el proceso penal a conductas desconocidas en la definición de la institución jurídica aplicada por la juzgadora de instancia, con clara vulneración del principio de

---

<sup>309</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución ...”, pág. 273.



seguridad jurídica, lo que, a la postre, propiciaría la vulneración de los derechos fundamentales del condenado”<sup>310</sup>.

En iguales términos se pronunció el AAP de Madrid de 5 de octubre de 2009, cuando decía que: “la interpretación que da el legislador al término "delinquire" es cuando exista condena, pues en tanto no se produce la sentencia firme de condena, rige el principio de presunción de inocencia y no podemos hablar de que una persona haya delinquido”. Y continúa: “el art. 14, segundo inciso de la Ley de Condena Condicional de 1908 establecía que: "Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido durante aquél plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida salvo el caso de prescripción". A este respecto Candida en su artículo "La suspensión de la ejecución de la pena" de 1994 (Cuadernos de Derecho Judicial) decía que el caso de un delito cometido durante el plazo de suspensión, era supuesto genuino de fracaso del sometimiento a prueba, con lo que se cumplía el presupuesto básico de la revocación. Decía que el precepto de LCC permitía también el cumplimiento de la pena suspendida, aunque ya se hubiera dado por definitivamente remitida al terminar el plazo de suspensión. Comenta la autora que se trata indudablemente, de una cautela ante la excesiva duración de los procesos penales, pero lo cierto es que una cuestión como ésta no puede depender de los ritmos procedimentales. La autora cita a Maqueda quien entiende que esta revocación sólo es posible si se tiene noticia de la comisión de un nuevo delito sobre el que recaiga sentencia condenatoria, previo el pronunciamiento de la remisión definitiva. Propone alguna solución en el plano *de lege ferenda*, como la posibilidad de prolongar el plazo de suspensión si durante el mismo se abre proceso por un nuevo delito, pero en todo caso, entiende que no puede pretenderse el cumplimiento de una pena que ya se ha dado por definitivamente remitida y, por tanto, con la responsabilidad penal extinguida. Vemos que el tema ya suscitaba controversia en su día, pero no debemos olvidar que el Código Penal de 1995 derogó expresamente la Ley de Condena Condicional de 1908, y en la nueva redacción que se dio a la suspensión de la condena nada se dijo sobre la posibilidad de cumplir la pena suspendida si con posterioridad al plazo de suspensión se le condenara por otro delito, como expresamente autorizaba el art. 14 de LCC antes citado. Por lo que es de interpretar que el legislador no quiso mantener esa posibilidad.

---

<sup>310</sup> AAP de Burgos, Sec. 1ª, núm. 565/2011, de 20 de octubre, JUR\2011\397127.

De forma y manera que el artículo 85 del Código Penal no puede ser interpretado en contra del reo”<sup>311</sup>.

Podemos añadir, además, que los arts. 86.2 y 87.3 del Proyecto de reforma del CP de 2013 disponían que: “el Juez o tribunal podrá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido durante el periodo de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena”. Con esta solución el legislador pretendía dar una respuesta expresa a la polémica que hemos planteado. Sin embargo, en la redacción dada a estos artículos por la LO 1/2015, se ha prescindido totalmente de ella, por lo que hemos de entender que esta solución no es la que el legislador ha querido.

GARCÍA ALBERO entiende que se ha suprimido este límite temporal a la posibilidad de revocar, “inequívocamente porque se ha pretendido, aunque con escasa fortuna, que sólo cuando ha recaído sentencia condenatoria por delito cometido durante el plazo de suspensión pueda ésta revocarse. Por eso huelga habilitar un plazo adicional de un año tras finalizar el plazo de la suspensión, lo que en la práctica hubiese supuesto la posposición del auto de remisión definitiva a tal fecha, a la espera de asegurar la inexistencia de sentencias condenatorias firmes sobrevenidas”<sup>312</sup>.

Es claro, pues, a nuestro juicio, que el que el art. 87.1 CP obliga al juez o tribunal a acordar la remisión de la pena si ha transcurrido el plazo de suspensión impuesto sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y ha cumplido de forma suficiente las reglas de conducta fijadas, en los términos que veremos más adelante. La remisión de la pena supondrá la extinción de la responsabilidad criminal del sujeto, que, una vez firme, no podrá ya ser revocada por la apreciación de nuevas condenas por hechos cometidos durante el plazo de suspensión.

---

<sup>311</sup> AAP de Madrid, Sec. 17, núm. 1030/2009, de 5 de octubre, JUR\2010\21297.

<sup>312</sup> GARCIA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, págs. 166 y 167.

No obstante, si durante el periodo de tiempo necesario para realizar la debida comprobación, posterior a la expiración del plazo pero anterior a la remisión de la pena, recayese sentencia condenatoria referida a hechos cometidos durante el plazo de suspensión, que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, todavía podría el juez o tribunal revocar la suspensión.

## **b) Cumplimiento de otras condiciones**

La LO 1/2015 da una nueva regulación a las obligaciones a las que puede quedar condicionada la suspensión de la ejecución de la pena, distinguiendo entre las “prohibiciones y deberes” que regula el art. 83 CP y las “prestaciones o medidas” del art. 84 CP.

### **i. Prohibiciones y deberes del art. 83 CP**

El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las condiciones, reglas de conducta, prohibiciones y deberes, de potestativa o facultativa imposición, siempre que resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos y sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados, aunque entendemos que podrá imponerse más de una simultáneamente.

Como señala TAMARIT SUMALLA, “la valoración judicial de la oportunidad de las obligaciones o reglas que vayan a ser impuestas al condenado se vincula a la necesidad de evitar el riesgo de comisión de futuros delitos, de modo coherente con la funcionalidad político-criminal que se ha imprimido a la suspensión de la ejecución de la pena en la reforma. Además, la prohibición de que las obligaciones o reglas impuestas sean excesivas o proporcionadas, [...] aparece ahora referida a cualquiera de las que se vayan a imponer”<sup>313</sup>.

Apunta GARCÍA ALBERO que “la cláusula de proporcionalidad, expresamente consagrada ahora, impide imponer deberes y obligaciones –término que incluye entendemos las prohibiciones- excesivos y desproporcionados. Este juicio de

---

<sup>313</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 647.

proporcionalidad en sentido amplio incluye, entendemos, tres valoraciones secuenciales diferenciadas. En primer lugar, la medida deberá ser necesaria para neutralizar o mitigar algún factor criminógeno vinculado con el delito cometido. En segundo lugar, deberá ser idónea para tal fin (juicio de adecuación). En tercer y último lugar, deberá ser proporcionada en concreto, atendida fundamentalmente la duración de la pena suspendida y el plazo de garantía”<sup>314</sup>.

DE PAÚL VELASCO, señala que “en cuanto a la proporcionalidad, cabe trasladar aquí el canon de inspiración alemana utilizado por el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 11/2006, de 16 de enero, FJ. 6) que implica tres controles sucesivos: juicio de adecuación (que la medida sea idónea en principio para conseguir el fin propuesto, en este caso la reducción del riesgo de reiteración delictiva), juicio de necesidad (que no exista otra alternativa eficaz menos gravosa para el sujeto) y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (que la medida sea equilibrada o ponderada en relación, en nuestro caso, con la entidad del delito y la duración de la pena impuesta y del plazo suspensivo)”<sup>315</sup>.

Las reglas de conducta, prohibiciones y deberes, de potestativa o facultativa imposición, son las contenidas en los numerales 1ª a 9ª del art. 83.1 CP, y son:

“1ª.- Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determinen por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2ª.- Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

3ª.- Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o tribunal.

4ª.- Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

---

<sup>314</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 158.

<sup>315</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 15 y 16.

5ª.- Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6ª.- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7ª.- Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8ª.- Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9ª.- Cumplir los demás deberes que el Juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

Esta última es una condición muy abierta que permite considerar las posibilidades que ofrezca la realidad social de cada momento, y aplicar reglas de conducta adaptadas a los factores de riesgo concreto que presente el penado, con el límite de la conformidad del mismo y con la condición expresa de respeto a la dignidad personal.

Como indica BARQUÍN SANZ, “el órgano judicial puede acordar, se entiende que diseñándolas él mismo por analogía, otras reglas de conducta que estime conveniente para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”. Coincidimos con el autor cuando afirma que “la exigencia de previa conformidad del penado es probablemente una cautela suficiente como para descartar la inconstitucionalidad de esta previsión normativa por vulneración del principio de legalidad penal; no obstante en supuestos como este resulta dudoso que el sujeto sea verdaderamente libre de negar su

aquiescencia a una propuesta por parte de quien, en caso de verla rechazada, posiblemente acordará el efectivo cumplimiento de la pena”<sup>316</sup>.

Para TAMARIT SUMALLA, “la regla novena permite al juez imponer reglas de conducta no previstas de modo explícito en los supuestos anteriores, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. A diferencia de lo que sucede en los otros supuestos, en este caso se exige la conformidad del penado con la regla impuesta, lo cual tiene un claro sentido límite a la creatividad judicial y de los servicios de ejecución respecto a posibles medidas. También puede interpretarse como una advertencia respecto al valor que tienen las ideas de voluntariedad y de asunción de responsabilidad, según una concepción restaurativa de la sanción penal. El límite de la dignidad humana tiene precisamente ahí un claro sentido, que cierra el paso a eventuales acuerdos en que se busque premiar con la suspensión de la pena la aceptación por parte del condenado de condiciones degradantes o ignominiosas o la sumisión a programas experimentales en los que no sea predominante la orientación a su rehabilitación, entendida ésta no en un puro sentido de reducción del riesgo de cometer futuros delitos sino de reinserción social en términos respetuosos con su dignidad humana”<sup>317</sup>.

GARCÍA ALBERO no excluye que el juez pueda acordar la realización de una mediación extrajudicial como regla de conducta a realizar en el marco de una suspensión ya acordada, imponiendo tal deber al amparo de la regla 9ª del art. 83.1 CP, que “deberá en consecuencia contar con carácter previo con el consentimiento del penado y de la víctima. Si el proceso, no obstante haber sido impuesto no se inicia o se interrumpe por voluntad de victimario o víctima, el juez podrá valorar la voluntad de la persona infractora y las actuaciones efectivamente realizadas, para entender o no cumplido el *deber* impuesto”<sup>318</sup>.

No pensamos que sea razonable imponer una mediación extrajudicial entre víctima y victimario al amparo de esta regla de conducta, aunque sí nos parece posible que cuando el condenado sea insolvente, por ejemplo, y esté dispuesto a reparar el daño causado a la víctima o perjudicado por vías distintas a las económicas, y la víctima o perjudicado proponga alguna actuación del condenado que pueda encaminarse a tal reparación, podría adoptarla el órgano jurisdiccional, con los límites ya señalados, como

---

<sup>316</sup> BARQUÍN SANZ, J., “De las formas substitutivas de la pena...”, pág. 240.

<sup>317</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 649.

<sup>318</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 163.

regla de conducta para el período de la suspensión al amparo de la regla 9ª del artículo 83.1 del CP. Como afirma PEITEADO MARISCAL, “parece que ésta sería una muestra clara de la intención de rehabilitación y reinserción del condenado, y un método para resarcir de alguna manera al perjudicado cuando no existen medios económicos para hacer frente a la responsabilidad civil impuesta, que, evidentemente, no será posible en todos los casos, pero tal vez sí en algunos”<sup>319</sup>.

La LO 1/2015 añade dos nuevas reglas, 7ª y 8ª. La número 7ª consistente en “participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos”. Si esta obligación está pensada para el penado adicto al alcohol o a las drogas, su previsión no resulta necesaria, ya que el régimen especial de suspensión de la pena impuesta al penado dependiente de estas sustancias, establece como condición principal para su adopción que el mismo se encuentre deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin, salvo que se pretenda con su inclusión la sujeción de la misma al régimen de control de cumplimiento previsto en el punto 4 del art. 83 CP y a la revocación de la suspensión por su incumplimiento grave y reiterado del art. 86.1,b) del mismo texto, a los que más adelante nos referiremos. Si por el contrario está pensada para otro tipo de situaciones, como por ejemplo para personas que todavía no son adictas pero que empiezan a tener problemas de adicción, además de para el caso específicamente previsto de tratamiento de otros comportamientos adictivos, como puede ser la ludopatía, nos surge la duda de su operatividad toda vez que se trata de tratamientos impuestos, en principio, sin necesidad de consentimiento del penado.

En relación con el deber de participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, el CGPJ, en su informe al Anteproyecto, ha apuntado que: “supone una injerencia en derechos fundamentales, debiendo recordarse las previsiones que en relación al derecho a la autodeterminación personal establece la legislación sanitaria, exigiendo, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad (art. 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre<sup>320</sup>, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica). De manera que no resulta posible el

---

<sup>319</sup> PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Ed. Edersa, Madrid, 2000, pág. 341.

<sup>320</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

establecimiento de esta obligación sin consentimiento del afectado, lo que así debería hacerse constar de modo expreso”<sup>321</sup>.

Respecto a número 8ª, consistente en la “prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor”, adicionada también con la reforma operada por la LO 1/2015, ha de señalarse que tal dispositivo tecnológico se identifica con el llamado “alcolock”, el cual impide que un conductor pueda encender el vehículo si supera la tasa de alcohol permitida.

Este dispositivo funciona de la siguiente manera: el conductor debe realizar y pasar una prueba de alcoholemia antes de que su vehículo sea arrancado; también pueden ser requeridas pruebas adicionales estando el vehículo en marcha en intervalos de tiempos aleatorios y/o programados. Si las pruebas en marcha no son realizadas, o se detecta alcohol por encima del límite preestablecido, se activará una alarma y se mantendrá hasta que el conductor pase la prueba o detenga el vehículo y apague su motor. El “alcolock” recoge en su memoria las pruebas efectuadas y sus resultados, pudiendo por tanto hacerse un seguimiento exhaustivo del uso del alcohol por parte de un conductor o en un vehículo determinado.

La Comisión Europea ha creado un código común en toda la Unión Europea para la implantación de esta medida en todos los países miembros que, en cualquier caso, tienen la última palabra sobre la decisión de adoptar o no estos programas y la manera de aplicarlos.

Los permisos restringidos para conductores sancionados por alcoholemia existen en varios estados miembros de la UE, donde los infractores pueden conservar su derecho a conducir condicionados a utilizar vehículos equipados con “alcolocks”. Pero las normas nacionales varían y no pueden contemplarse ni ejecutarse en otros estados miembros. El objetivo de este nuevo código es facilitar la adopción de esta medida restrictiva a escala de la UE y, a la vez, permitir a los Estados miembros aplicarla. En España esta medida todavía no se está llevado a cabo, pero sí en otros países, como Bélgica o Finlandia.

El art. 83.1 CP ofrece el criterio que habrá de guiar la decisión del juez a la hora de imponer o no prohibiciones y deberes durante el plazo de suspensión, que será:

---

<sup>321</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto, pág. 93.



“cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos”; frente a la anterior regulación que disponía un criterio genérico e indeterminado: “si lo estima necesario”.

Como ya se dijo, el art. 80.1 CP centra la aplicación de la suspensión a los casos en que “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”; para acordar la suspensión, el tribunal habrá hecho un juicio de pronóstico atendiendo a unos criterios de decisión fundados en la apreciación de peligrosidad criminal en el penado y en la correspondiente prognosis de comportamiento futuro; y sólo en caso de que el tribunal considere que sería necesaria una medida de refuerzo que ayude al penado a evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, podrá, potestativamente, condicionar la suspensión al cumplimiento de alguna de las medidas señaladas.

TRAPERO BARREALES entiende que esta previsión “restringe la discrecionalidad judicial, y podríamos decir que supone una revisión del establecimiento de estas obligaciones o prohibiciones como facultativas para el Juez: si resulta necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos la imposición de la obligación o la prohibición habrá de ser imperativa, no facultativa”<sup>322</sup>.

Mención aparte merece la acertada introducción del principio de proporcionalidad en la selección de deberes y obligaciones que podrán ser impuestos, al establecer un límite a su adopción: “no podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados”, pues el régimen de suspensión no puede resultar más gravoso para el penado que el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se suspende.

Atendiendo a la literalidad del precepto, este principio parece estar conectado sólo con la imposición de deberes y obligaciones, por lo que podría entenderse que, en relación con las prohibiciones, el tribunal no estaría sometido a esta limitación, quizás porque el legislador ha entendido que la imposición de prohibiciones no puede resultar desproporcionada, por su duración y contenido, o porque no tienen un contenido aflictivo y restrictivo de derechos. No obstante, pensamos que la explicación es más sencilla, pues el artículo habla siempre de prohibiciones y deberes y hay un punto en el que, más bien por error, habla de deberes y obligaciones. Pero no hay diferencia alguna entre el deber y la obligación, por un lado, y tampoco debe haberla entre el deber y la

---

<sup>322</sup> TRAPERO BARREALES, M.A., “El nuevo modelo de suspensión...”, pág. 6.

prohibición, por otro. ¿Cómo no van a tener que ser proporcionadas las prohibiciones si tiene que serlo la pena misma?

En cualquier caso, debe buscarse un equilibrio entre la procedencia de la suspensión de la condena y las condiciones que el tribunal considere procedente imponer, de modo que el penado no sea sometido a obligaciones excesivamente gravosas por desproporcionadas en atención a las características del hecho, a sus circunstancias personales y a la duración de la pena o penas impuestas; así pues, el principio de proporcionalidad deberá ser respetado también en este ámbito, y las reglas de conducta que resulten impuestas al penado deberán, además, guardar una cierta relación con las circunstancias del hecho delictivo, sin perder de vista el trasfondo de recuperación o reinserción social que ha de presidir la suspensión de la ejecución de la pena.

Debe tenerse en cuenta que no se trata de medidas o reglas de conducta orientadas a la protección de la víctima, sino de comportamientos orientados a facilitar o promover la reinserción social del penado, y que tienden a evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. Obviamente el deber de motivación antes aludido exigirá, también en este caso, que se exprese de forma clara la finalidad y sentido de las medidas y las razones por las cuales el órgano jurisdiccional ha resuelto imponerlas.

La duración de estas medidas se prolongará durante la totalidad del periodo de suspensión, salvo que la propia naturaleza de la regla de conducta imponga una duración menor, como sucederá por ejemplo, en los casos en los que se acuerde la participación del penado en programas formativos, laborales, culturales, etc.

En cuanto a la ejecución y control del cumplimiento de las prohibiciones y deberes señalados en el apartado 1 del art. 83 CP, los apartados 3 y 4 de dicho precepto disponen que la imposición de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 2ª, 3ª o 4ª, es decir, prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determinen o de comunicar con los mismos; prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado; prohibición de abandonar o ausentarse temporalmente de su lugar de residencia sin autorización del Juez; y prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevantes para

valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al Juez o tribunal de ejecución.

Por lo que se refieren las reglas 6ª, 7ª y 8ª, es decir, participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares; participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos; y prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicione su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, el control de su cumplimiento corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas de alternativas de la administración penitenciaria (SGPMA). Estos servicios informarán al Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª; y semestral, en el caso de la 7ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

En cuanto a la regla 9ª, es decir, cumplir los demás deberes que el Juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, al ser una obligación tan abierta e indeterminada, pensamos que deberá ser el juez que haga uso de ella, quien establezca también el modo de controlarla.

Cuando las obligaciones o deberes que se impongan sean algunos de los recogidos en el art. 83.1, reglas 5ª y 6ª del CP, -que se corresponden con las actuales reglas 6ª, 7ª y 9ª, es decir, participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares; participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o de tratamiento de otros comportamientos adictivos; y cumplir los demás deberes que el Juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado-; o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en el art. 87 CP (actual art. 80.5 CP), el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de

localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y sustitución de penas, ha desarrollado, en sus artículos 14 a 18, el régimen de ejecución y cumplimiento de tales obligaciones, encargando su control a los Servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, quienes, una vez recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios cuando se imponga alguno de los deberes u obligaciones antedichos, elaborarán el plan individual de intervención y seguimiento, que se comunicará para su conocimiento al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

El RD 840/2011, de 17 de junio, define a los Servicios de gestión de penas y medidas alternativas como: “unidades administrativas multidisciplinarias dependientes de la Administración penitenciaria que tienen encomendada la tarea de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad”

En el caso de que las circunstancias del condenado hagan necesario modificar alguna de las obligaciones inicialmente impuestas, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas realizarán la propuesta en el plan de intervención y estarán a la espera de lo que resuelva el órgano jurisdiccional competente para la ejecución; cuando el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de intervención, informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de tal hecho a los efectos que considere oportunos.

Cuando corresponda, los SGPMA remitirán el caso al servicio o centro correspondiente, para que el condenado inicie o continúe el tratamiento o programa judicialmente establecidos.

Durante el periodo de suspensión, los SGPMA efectuarán el control de las condiciones fijadas en el plan de intervención y seguimiento e informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine y, en todo caso, cada tres meses conforme al Código Penal<sup>323</sup>. Así mismo, informarán cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca

---

<sup>323</sup> El CP dispone que los Servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª, y semestral, en el caso de la 7ª y, en todo caso, a su conclusión.

cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

El control del cumplimiento de regla de conducta 8ª, es decir, prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condiciones su encendido o funcionamiento, que también corresponderá a los SGPMA de la Administración Penitenciaria, viene regulada en la Instrucción nº 10/2015, de 18 de diciembre de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIIPP), sobre los nuevos programas de intervención de penas y medidas alternativas. Procedimiento y metodología. El condenado, citado oportunamente ante el SGPMA, deberá adquirir un compromiso sobre la regla de conducta y firmar una autorización de cesión de datos para la instalación del dispositivo en el vehículo. Si la persona penada presenta el certificado de instalación del dispositivo en el plazo que se le haya dado, el SGPMA grabarán en sus sistemas informáticos los datos relativos a la empresa instaladora, marca y matrícula del vehículo, y se procederá a realizar los seguimientos trimestrales en la forma dispuesta en la citada Instrucción.

Esta Instrucción hace referencia a la implementación en todos los SGPMA de los nuevos programas de tratamiento, y su metodología. Los programas han sido diseñados para dar cumplimiento a las distintas responsabilidades penales alternativas previstas en la ley. Así, encontramos, distintos tipos: a) Programa de intervención para agresores de violencia de género en medidas alternativas «PRIA-MA»; b) Programa de intervención frente a la delincuencia sexual con menores en la red. Programa «Fuera de la red»; c) Programa de intervención psicoeducativa en seguridad vial «PROSEVAL»; d) Programa de sensibilización y reeducación en habilidades sociales «PROBECO»; e) Programa de intervención frente a la violencia familiar en medidas alternativas. Programa «Encuentro»; y, f) Programa de sensibilización en drogodependencias. Programa «Cuenta Contigo».

## **ii. Especial referencia a la suspensión de las penas impuestas por delitos relacionados con la violencia de género**

En el número 2 del art. 83 CP se establece la imposición obligatoria de las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª (prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir

al mismo, y participar en programas formativos, etc.) cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia. Se elimina, pues, la consolidada mención de “delitos relacionados con la violencia de género”.

La referida norma fue introducida en el Código Penal por el art. 33 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La Exposición de Motivos de esta Ley comienza diciendo que: “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. El artículo 1.3 de la citada Ley Orgánica determina que: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de medidas de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género, mantiene que: “la expresión “delitos relacionados con la violencia de género”, deberá ser interpretada conjugando el art. 1 de dicha Ley en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por “delito relacionado con la violencia de género” se entenderán aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer conforme al art. 87 ter 1 a) y b) LOPJ, hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. No quedarán amparados en dicha expresión, por no aparecer dichos sujetos incluidos en el artículo primero de la LO 1/2004, los cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque hayan sido conocidos por los referidos Juzgados, ya que otro entendimiento supondría extender el ámbito de aplicación de las normas procesales de competencia a supuestos sustantivos condicionantes de la ejecución de la pena”.

Respecto a la imposición obligatoria de estas condiciones u obligaciones previstas en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 CP en los delitos cometidos sobre la mujer,

coincidimos plenamente con las observaciones que hace CERES MONTES que evidencian determinadas contradicciones y dificultades prácticas de aplicación del precepto que llevaron a los Magistrados de ejecutorias a pedir su supresión:

De un lado, pone de manifiesto la incoherencia de tener que imponer tales obligaciones en el momento de conceder la suspensión de la ejecución de la pena cuando, por el contrario, la sentencia condenatoria por el delito de violencia de género no consideró oportuna su imposición (es el caso de la pena de alejamiento).

Por otro, observa que: “si ya se ha acordado en sentencia la pena accesoria de alejamiento, no parece necesario volver a establecer esta previsión, puesto que su incumplimiento, debe dar lugar a una condena por quebrantamiento de condena, que motivaría la revocación de la suspensión”<sup>324</sup>.

Para TAMARIT SUMALLA, “el automatismo, carente de un adecuado apoyo criminológico y político-criminalmente disfuncional y perturbador, como la experiencia ha mostrado, resulta aún más criticable teniendo en cuenta la ampliación del ámbito de delitos, hasta el punto que no se hace excepción de los delitos perseguibles tan sólo a instancia de parte, en los que, por expreso mandado legal, deberían imponerse reglas de conducta no queridas por la víctima o incluso rechazadas expresamente por ésta”<sup>325</sup>.

La introducción por el legislador de medidas tendentes a la protección de la víctima, como es la prohibición de aproximación y comunicación, que conforme al art. 57.2 CP es una pena accesoria de imposición obligatoria en los delitos cometidos contra, entre otros, quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, entre las reglas o deberes de conducta a los que se condiciona la suspensión de la ejecución de la pena, que deben atender fundamentalmente a evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, generaba más problemas que otra cosa ante un eventual incumplimiento, porque el juez o tribunal debía esperar al resultado del procedimiento penal que se siguiera como consecuencia del delito de quebrantamiento de condena y estar al resultado del mismo para la revocación de la suspensión.

En estos casos, como ya hemos dicho, si se incumple de forma grave y reiterada la prohibición de aproximarse a la víctima durante el plazo de suspensión, la

---

<sup>324</sup> CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en la fase de ejecución...”, pág. 297.

<sup>325</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 650.

consecuencia será, por un lado la revocación, debiendo cumplir la pena de prisión impuesta, y por otro la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, del que podrá resultar condenado, o no, pero que en ningún caso influirá para poder revocar la suspensión de la ejecución de la pena.

Además, como veremos más adelante, el art. 86.4 CP otorga al juez o tribunal la posibilidad de revocar de oficio la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para asegurar la protección de la víctima. No obstante, cuando lo considere necesario para resolver, el juez o tribunal podrá acordar la celebración de una vista oral y ordenar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias.

En cuanto al incumplimiento del resto de reglas de conducta a los que se hubiera condicionado la suspensión, cuando la eventual vulneración de las mismas no suponga, *per se*, un peligro para la víctima, será necesaria una valoración por parte del Juez respecto a las circunstancias en que el presunto incumplimiento se haya producido, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

Del seguimiento y control de las prohibiciones y deberes previstos en las reglas 1ª y 4ª del art. 83 CP se ocuparán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y de las obligaciones o deberes previstos en la regla 6ª se ocupan, conforme a lo dispuesto en el RD 840/2011 de 17 de junio, los Servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, al que ya nos referimos anteriormente y a cuyas consideraciones nos remitimos.

En el apartado 2 del art. 84 CP se establece que si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, la medida de pago de una multa a que se refiere la medida 2ª del art. 84.1 CP para acordar la suspensión de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.



Hay que tener en cuenta, además, que el art. 87 ter.5 de la LOPJ prohíbe la mediación en los Juzgados de Violencia contra la Mujer, conforme a lo dispuesto en la Ley integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre; la Recomendación 3.9.1 del Manual de Legislación de Violencia sobre la Mujer elaborado en el año 2010 por Naciones Unidas; y el art. 48 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

### **iii. Prestaciones o medidas del art. 84 CP**

El art. 84.1 CP establece que: “el Juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1ª. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2ª. El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resulte de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión, sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3ª. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

Al contrario de lo que sucede con las prohibiciones y deberes previstos en el art. 83.1 CP, que podrán ser impuestas cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, el art. 84.1 CP no establece ninguna pauta que oriente al Juez o tribunal sobre cuándo se podrán imponer esas prestaciones y medidas, en una suspensión distinta a la regulada en el art. 80.3 CP.

Para CARDENAL CONTRAVETA, lo dispuesto con carácter general en el párrafo segundo del art. 80.1 CP, “puede ser también la justificación de la imposición de las prestaciones o medidas previstas en el art. 84, cuando contribuyen a que el penado

tome conciencia del desvalor del delito cometido y se disminuya así el riesgo de la comisión futura de otros, sin perjuicio de que su justificación consista, normalmente, en la eficacia preventiva general que deriva de su imposición y que, por decirlo así, compensa la limitación de aquélla que deriva de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta”<sup>326</sup>.

Como se ha dicho, la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del penado, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación; asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del art. 84, es decir, el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Es claro, pues, que en este tipo de suspensión se impondrá necesariamente una medida de multa o una de trabajos en beneficio de la comunidad; en cuanto al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, sólo podrá imponerse si ha existido una mediación y un acuerdo anterior.

Así lo entiende también TAMARIT SUMALLA que advierte que “el Código alude al “cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes”, lo cual presupone que la mediación ya se ha llevado a cabo con anterioridad al momento de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena y por lo tanto, dado el mandato de que esta decisión se produzca al dictar sentencia, esta clase de “prestación o medida” será operativa sobre todo en aquellos casos en que se haya desarrollado este proceso extrajudicial con anterioridad al juicio oral. Lo que puede imponer el juez es que, en estos casos, el acusado cumpla el acuerdo que se haya alcanzado”<sup>327</sup>.

GARCÍA ALBERO afirma que en el contexto de “una suspensión a acordar preferentemente en sentencia, condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, presupone que ésta se ha llevado a cabo antes del enjuiciamiento, y que además ha concluido satisfactoriamente para las partes (conciliación y reparación). O al menos entre la sentencia y su firmeza o entre la firmeza y el momento de resolver sobre la suspensión. Si se repara en que la mediación,

---

<sup>326</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 336.

<sup>327</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 654.

por su propia naturaleza, ha de tener carácter voluntario no sólo para la víctima sino también para el victimario, se concederá que el artículo 84.1 CP no está previendo en modo alguno una mediación que se impone –como el resto de condiciones del artículo 83 CP o la multa o los trabajos del mismo 84 CP- y se ordena realizar con posterioridad al acuerdo de suspensión. Impone simplemente el cumplimiento del acuerdo reparatorio resultante de aquella, lo que implica que la mediación ya ha tenido lugar”<sup>328</sup>.

DE PAÚL VELASCO señala que “en todo caso, es sumamente importante tener presente que el artículo 84 no permite imponer la mediación o el acuerdo en ella como condición de la suspensión, sino únicamente el cumplimiento del acuerdo ya alcanzado en una mediación voluntariamente aceptada con anterioridad por la víctima y el condenado. Ciertamente, por la vía de los deberes innominados del artículo 83.9 cabría imponer como regla de conducta someterse a un procedimiento de mediación; pero los deberes innominados exigen siempre la previa conformidad del condenado y, en este caso, sería preciso contar también con la de la víctima, a la que, conforme al artículo antes citado nunca puede imponérsele la mediación. En definitiva, el artículo 84 solamente pretende servir de refuerzo al buen fin de los acuerdos reparatorios ya alcanzados”<sup>329</sup>.

Tras la limitada referencia que hizo el artículo 10 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 a la mediación penal, es el artículo 2 d) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI, el que define la “justicia reparatora” como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Desarrollando esta previsión, el artículo 12.1 del mismo texto legal estipula que “los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparatora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar

---

<sup>328</sup> GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 163.

<sup>329</sup> DE PAÚL VALASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 18 y 19.

en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima, en cual podrá retirarse en cualquier momento;

b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior”.

En su artículo 12.2 estipula que “los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”. En este sentido, el considerando 46 de la Directiva perfila los criterios a tener en cuenta para la derivación judicial en aras a garantizar la autonomía volitiva de la afirmada víctima y evitar una nueva victimización (primaria o secundaria). A saber: naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima.

En la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que traspone al derecho interno la Directiva de 2012, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, argumenta su Preámbulo, “el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo

reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”.

Así, el art. 15.1 LEV, dispone que: “Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido”.

El art. 15.2 disciplina que “los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función”.

Finalmente el art. 15.3 explicita que “la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”.

El Consejo General del Poder Judicial ha puesto en marcha en diferentes órganos judiciales proyectos piloto de mediación penal en adultos, apoyados en protocolos específicos ante la ausencia de regulación expresa. En este sentido, cabe recordar que el artículo 21.5 del Código Penal considera circunstancia atenuante de la

responsabilidad criminal "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos".

Cataluña y el País Vasco han sido pioneras en este campo. También la Comunidad Valenciana, y concretamente la Audiencia Provincial de Alicante, con una Oficina de Mediación en la que el porcentaje de asuntos resueltos con acuerdo entre las partes es del 57%. Los asuntos resueltos por esta oficina están relacionados con cuestiones como el impago de pensiones, los delitos de lesiones, o aquellos de carácter patrimonial como estafas o alzamientos de bienes.

Desde su experiencia, el Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante asegura que el fomento de la mediación y su mayor uso "aliviaría mucho la jurisdicción penal, evitando el juicio, la sentencia y la fase de ejecución, resultando más barato que crear nuevos juzgados". En cuanto a su funcionamiento señala que, si se alcanza un acuerdo y las víctimas son reparadas, el caso no va a juicio y concluye con sentencia de conformidad. Sin embargo, puntualiza que "se mantienen los antecedentes penales para el infractor, de forma que, aunque se acuerde una suspensión de la pena, en caso de que vuelva a delinquir ingresará en prisión". El Presidente valora la inclusión de la figura de la mediación penal en las últimas reformas legales, teniendo en cuenta el éxito de esta vía allí donde se aplica, pero cree que no es suficiente. En su opinión urge que uno de los primeros asuntos que aborde el Ministerio de Justicia en la próxima legislatura sea aprobar una ley específica sobre mediación penal y regular la figura del mediador<sup>330</sup>.

No obstante, la mediación penal es una institución muy discutida. A primera vista parece que con ella se ha diseñado un sistema que "burla" la imposición de la pena, que "evita" ir a la cárcel o, al menos, consigue un atenuante de la tipificación penal, con la consiguiente rebaja de la pena que en su caso le correspondería si no hubiera aceptado participar en el procedimiento de mediación. Por tanto, no es extraño que exista una actitud de rechazo, ya que se contrapone al espíritu propio del castigo y del *ius puniendi* del Estado.

La propuesta de CPP regulaba la mediación penal en el Título III, artículos 143 a 146, del Libro III ("Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal"), advirtiendo en la Exposición de Motivos que: "con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de

---

<sup>330</sup> "La mediación penal se abre paso en España", por Almudena Vigil Madrid, *Expansión.com*, 02/09/2015.

solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso”.

La propuesta definía la mediación penal como el “procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima, libre y voluntariamente asumido por ambos, en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”.

El procedimiento de mediación penal propuesto en el CPP se iniciaría por la voluntad del infractor de someter el conflicto que mantiene con la víctima a mediación, voluntad que se comunicaría a la víctima por el Ministerio Fiscal, por su Abogado o por la Oficina de Atención a la Víctima. La Propuesta de CPP aboga en su Exposición de Motivos por la justicia restaurativa, a la que no concibe como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, “sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad. [...] En la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo. La justicia restaurativa no significa limitar el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima) diluyendo las diferencias con el derecho civil, pero sí redescubrir que la reparación –concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica- puede tener también unos efectos preventivos importantes. La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica. La mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional pero podría llegar a condicionarlo o influir en él. El modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional. Supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o incluso sin repercusión sustantiva alguna). La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”.

En el proyecto de CPP, la mediación penal sería siempre gratuita y se ejercería por instituciones de mediación o por profesionales de la mediación con formación específica para ejercerla; el mediador estaría sometido al secreto profesional y no podría declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento; además, dispone que serían de aplicación a la mediación penal las normas establecidas en los arts. 6.1 y 6.3 (voluntariedad y libre disposición); 7 (igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores); 8 (neutralidad); 10.1 y 10.3 (las partes en la mediación); 11 (condiciones para ejercer de mediador); 12 (calidad y autorregulación de la mediación); 13 (actuación del mediador); 14 (responsabilidad de los mediadores); 17 (información y sesiones informativas); 18 (pluralidad de mediadores); 19 (sesión constitutiva); 20 (duración del procedimiento); 21 (desarrollo de las actuaciones de mediación); 22 (terminación del procedimiento); 23 (el acuerdo de mediación); 25 (formalización del título ejecutivo) y 26 (Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación) de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Como se ha dicho, uno de los efectos procesales que pueden derivarse del acuerdo alcanzado en mediación es, sin duda, la concesión al penado del beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, condicionada, en todo caso, al cumplimiento de dicho acuerdo; pero esta condición también se podrá imponer cuando se conceda la suspensión ordinaria, porque, precisamente, el esfuerzo para reparar el daño causado es una de las circunstancias que se habrá de valorar para dictar esta resolución.

Cosa distinta es, a nuestro juicio, la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad impuestas como medidas o prestaciones condicionantes de la suspensión, a las que ya nos referimos en el punto 3 de este capítulo y a cuyas consideraciones nos remitimos, que se impondrán en los supuestos de suspensión de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, como sustitutivo de una porción de la pena de prisión suspendida, con un tope mínimo de un quinto y uno máximo de dos tercios de la pena impuesta, dejando un remanente suficiente de pena suspendida que sólo se extinguirá al producirse la remisión.

Como se ha dicho, para el control y ejecución del cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 49 CP y en los arts. 3 al 11 del RD 840/2001, de 17 de junio.



#### **iv. Alzamiento, modificación o sustitución de las condiciones impuestas**

No obstante, el art. 85 CP dispone que: “durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los arts. 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”. Así pues, la variación de las circunstancias que llevaron al juez o tribunal a emitir un juicio positivo sobre la suspensión y, en consecuencia, negativo de la peligrosidad del penado, y determinaron la imposición de alguna de los deberes u obligaciones, podrá justificar la eliminación o minoración de las reglas de conducta impuestas si aquella variación pone de manifiesto que la peligrosidad del penado ha desaparecido; lo mismo sucederá cuando por la modificación de las circunstancias personales, familiares o económicas del penado, las reglas de conducta inicialmente impuestas resulten excesivas o desproporcionadas.

Nada impide, a nuestro juicio, que esta modificación se pueda iniciar de oficio, si es que el juez o tribunal cuenta con datos relevantes de esta variación, o a instancia del propio penado; pero, en cualquier caso, entendemos que será necesaria la audiencia a las partes, quienes podrán presentar las prueba que estimen oportunas para acreditar la variación de las circunstancias que justifican tanto el alzamiento como la modificación o sustitución de las condiciones, y el sometimiento de las mismas al principio de contradicción. La resolución que modifique el contenido de las reglas y condiciones impuestas, será anotada en el Registro de Penados y se comunicará: a la víctima y a las personas destinatarias de las medidas de protección inherentes a las prohibiciones o deberes modificados, así como, en su caso, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o al servicio de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria.

Señala CARDENAL MONTRAVETA que “entre la alternativa de modificar las condiciones inicialmente impuestas por otras que resulten menos gravosas, y la de revocación de la suspensión, debería de haberse contemplado la posibilidad de una modificación que supusiera la imposición de condiciones más gravosas pero mantuviera la suspensión, con la única limitación de que, prescindiendo de las circunstancias personales entonces concurrentes, tales condiciones ya se hubieran podido imponer al acordar la suspensión. [...] Al respecto, debe destacarse que la imposibilidad de agravar

las condiciones previas, y un elemental criterio de prudencia, favorece la imposición de condiciones excesivamente gravosas o la revocación de la suspensión. Lo que intentamos decir se advierte si pensamos en los supuestos mencionados en el art. 83.2 y para los que se ha previsto la imposición preceptiva de determinadas prohibiciones o deberes. Entendemos que también en estos casos, y en los previstos en el art. 80.3, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 85”<sup>331</sup>.

Para BARQUÍN SANZ, “el sentido de esta disposición es inequívocamente atenuatorio y no habilita al órgano judicial para una agravación de las condiciones impuestas para la suspensión. Cuando el precepto se refiere a “modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”, debe entenderse que la modificación también necesariamente habrá de ser en un sentido menos gravoso para el sujeto”<sup>332</sup>.

TAMARIT SUMALLA entiende que “la referencia al alzamiento y a la sustitución sólo por medidas menos gravosas cierra el paso a una posible modificación *in peius*. Aunque no lo impediría una interpretación literal de la alusión a la “modificación”, nos hallaríamos ante una interpretación *contra reo* y carente de un sólido apoyo en el contexto sistemático del precepto y de su sentido, que debe diferenciarse del propio del artículo 86, en el que se prevé la modificación de las medidas en caso de incumplimiento de las mismas”<sup>333</sup>.

## 9. Revocación de la suspensión

La primera causa de revocación prevista en el art. 86 CP es que el penado sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Es decir, se exige del órgano sentenciador un juicio apreciando que esa nueva infracción pone de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. A la revocación de la suspensión por comisión de delito ya nos referimos en el epígrafe a) del punto 8 d este capítulo, y a cuyas consideraciones nos remitimos ahora.

---

<sup>331</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal...*, págs. 338.

<sup>332</sup> BARQUÍN SANZ, J., “De las formas sustitutivas de la pena...”, pág. 246. En el mismo sentido GARCIA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución...”, pág. 164.

<sup>333</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 657.

El art. 86 CP regula también las causas de revocación de la suspensión por incumplimiento de las condiciones previstas en los arts. 83 y 84 CP, así, en sus letras b) y c) dispone que el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al art. 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria;

b) incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al art. 84.

Quedará, pues, en manos del juez o tribunal de ejecución determinar qué se ha de entender por la expresión “de forma grave o reiterada”. A nuestro juicio, habrá incumplimiento grave cuando exista en el penado una voluntad firme y decidida de abandono e incumplimiento de la obligación; frente al menos grave en el que esa voluntad firme de abandono e incumplimiento de la obligación no existe, sino que se observa en el penado una actitud de dejadez o de falta de interés.

En cuanto a qué debemos entender por “reiterado”, PRATS CANUT propugna una interpretación restrictiva, según la cual sólo podrá considerarse reiterado el incumplimiento cuando haya motivado ya diversas decisiones judiciales<sup>334</sup>; sin embargo, la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena por este motivo supone equiparar la infracción de una de estas reglas, aunque sea reiterada, con la comisión de un nuevo delito, lo que a nuestro juicio es excesivo y quizás desproporcionado, por lo que entendemos que esta opción deberá evitarse en cuanto sea posible. Coincidimos con PUENTE SEGURA cuando señala que: “la revocación debe quedar reservada para aquellos supuestos en los que el incumplimiento (reiterado) de los deberes impuestos resulte demostrativo de la imposibilidad de alcanzar el fin (fundamentalmente la rehabilitación social del penado) que justifica la suspensión de la ejecución de la pena”<sup>335</sup>.

En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito en cumplimiento del acuerdo de mediación (Art. 84.1 CP) no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a

---

<sup>334</sup> PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Barcelona, 1996, pág. 471.

<sup>335</sup> PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución...*, pág. 165.

la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a los apartados 2 y 3 del art. 84 CP.

Cuando el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal de ejecución, podrá, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.2 CP: imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas; o, prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

Como señala TAMARIT SUMALLA, “en cuanto a la primera alternativa, la posibilidad de imponer otros deberes o medidas comprende tanto la acumulación de las nuevas a las ya existentes, como la sustitución por otras que se consideren más adecuadas. La modificación puede consistir asimismo en ordenar cambios respecto al alcance o la forma de concreción de las prohibiciones o los deberes, así como, en el caso de las medidas del art. 84, una mayor extensión del tiempo de cumplimiento de la multa o de los trabajos en beneficio de la comunidad, siempre de los límites máximos establecidos en el citado precepto. Respecto a la prórroga del plazo de suspensión se establece un límite, de modo que no puede exceder de la mitad de la duración del que se hubiera fijado inicialmente”<sup>336</sup>.

El empleo del verbo “podrá” parece sugerir que, cuando el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no haya tenido carácter grave o reiterado, el tribunal conserva la opción de no imponer nuevas medidas, modificar las ya impuestas, ni prorrogar el plazo de suspensión; esto será posible, por ejemplo, cuando se produzcan incumplimientos ocasionales y de mínima trascendencia. POZA CISNEROS sostiene que: “es concebible, dada la naturaleza de las obligaciones y deberes previstos en el art. 83, que existan “incumplimientos” levísimos que no merezcan ninguna consecuencia negativa, aunque aconsejen alguna advertencia al penado acerca de la posibilidad de que sea adoptada”<sup>337</sup>.

En cuanto al examen concreto de las distintas opciones consideramos que la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o lo que es lo mismo: sustituir la regla de conducta impuesta e incumplida por otra distinta; o la modificación

---

<sup>336</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, págs. 661 y 662.

<sup>337</sup> POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución ...”, pág. 274-275.

de las ya impuestas, resultará aconsejable en el marco de las reglas o deberes establecidos en el art. 83.1.6ª, 7ª y 9ª (participación en programas y otros deberes convenientes para la rehabilitación social del penado). POZA CISNEROS considera que la sustitución<sup>338</sup> “puede tener un sentido sancionador, optando por una medida más restrictiva cuando ha fracasado otra menos exigente, o un sentido preventivo especial, cuando las circunstancias revelen la inadecuación de la obligación o deber impuestos para los fines resocializadores pretendidos”.

Por el contrario, la prórroga del período de suspensión encajará mejor cuando se produzca el incumplimiento de los deberes contenidos en los números 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 8ª del mismo precepto (prohibición de aproximación y/o comunicación con la víctima, prohibición de establecer contacto con determinadas personas o grupos, prohibición de ausentarse del lugar donde resida, prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, obligación de comparecer ante el órgano jurisdiccional, o prohibición de conducir vehículos de motor) por cuanto en estos casos parece difícil sustituir la medida impuesta y no cumplida por otra de la misma finalidad. En estos casos el plazo de suspensión se podrá prorrogar hasta un máximo de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

Entendemos que también será posible la prórroga del plazo de suspensión, cuando se haya concedido la suspensión de la ejecución de la pena (sin imponer ninguna de las condiciones previstas en el art. 83 CP) únicamente con la condición de no ser condenado por un nuevo delito durante el periodo de suspensión, y el penado lo sea por un delito que carezca de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros, en los términos expresados al tratar la primariedad delictiva del art. 80.2.1ª CP, por ejemplo, en una suspensión de ejecución de la pena de 1 año y 6 meses de prisión impuesta por delito de lesiones, cuando el nuevo delito cometido sea uno contra la seguridad vial, por conducir bajo los efectos del alcohol, por ejemplo, con pena de multa y retirada de permiso de conducir.

En este sentido, el AAP de Cantabria, de 11 de febrero de 2016, mantiene que “en esos casos es de aplicación el artículo 86.2 del Código Penal reformado, que dice que “si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones -y el no delinquir

---

<sup>338</sup> El antiguo art. 84.2 CP establecía que si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o tribunal podrá, sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

durante el plazo de la suspensión es una condición- no hubiera tenido carácter grave o reiterado -el delito contra la seguridad vial por el que la recurrente ha sido condenada es "menos grave" y sólo ha sido condenada por un delito, por lo que no hay reiteración-, el juez o tribunal podrá: a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas; b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado". En el caso de autos, [...] procede mantener la suspensión de la ejecución de la pena de prisión acordada en el Auto de fecha 13-4-2012 y prorrogar un año más el período de suspensión. Como quiera que la interesada fue notificada de la suspensión en fecha 3 de Mayo de 2012, el período de suspensión se extenderá hasta el 3 de Mayo de 2016, sin que pueda cometer nuevos delitos durante dicho período”<sup>339</sup>.

El juez o tribunal también revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena, cuando el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de los bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado en sentencia, incumpliendo de esta manera la condición a la que se comprometió en el momento de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena. También será causa de revocación el hecho de que el penado no cumpla el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación de ofrecer una relación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados por qué personas y con qué título, impuesta en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre la revocación por incumplimiento del compromiso de pago de la responsabilidad civil o del comiso ya quedó dicho prácticamente todo al hablar de esta cuestión como requisito de la suspensión. Baste recordar que la falta de pago no da lugar a la revocación si el condenado carece de capacidad económica para afrontarlo; será inexcusable, en este caso, efectuar la oportuna averiguación patrimonial del penado, con el objeto de verificar su concreta capacidad económica que permita evidenciar si dicho impago ha sido o no voluntario. Lo decisivo para acordar o no la revocación será el juicio sobre el esfuerzo reparatorio realizado por el condenado, dentro de sus posibilidades; y también motivarán la revocación la ocultación y la

---

<sup>339</sup> AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 44/2016, de 11 de febrero, ARP\2016\403.

deficiencia o inexactitud de la información sobre el propio patrimonio o sobre el paradero de los bienes decomisados.

Cuando se trate de una suspensión concedida para drogodependientes, y el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación en el momento de decidir sobre la suspensión, es decir, cuando no conste que ha logrado ya efectivamente la deshabituación, también se condicionará la suspensión, a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

El art. 87.2 CP, dispone que para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80 (suspensión para drogodependientes), deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

Así, en la suspensión para drogodependientes, podremos distinguir varios supuestos:

1.º Transcurrido el plazo de suspensión sin que el sujeto haya cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida y cuando conste acreditada su deshabituación, procederá imperativamente la remisión definitiva de la pena.

2.º Si el sujeto no ha cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida y se acredita que continua en tratamiento, se acordará también la remisión. Queda, por tanto, fuera de toda duda, la posibilidad de que el tratamiento se prolongue más allá de la suspensión de la ejecución de la pena, sin que esto constituya un impedimento para que el órgano jurisdiccional declare, transcurrido el plazo sin haber delinquido de nuevo el penado, la remisión de la pena.

PEITEADO MARISCAL considera que: “Lo que debe acreditarse es, precisamente, la continuidad en el tratamiento, es decir, que el condenado ha cumplido de forma continua y sería el compromiso que contrajo de someterse a un tratamiento de deshabituación, independientemente de los resultados de éste; el condenado debe

responder de la obligación que adquirió, la sumisión al tratamiento, no de la obtención de un resultado que en buena parte no depende de él”<sup>340</sup>.

3.º Si el sujeto no ha cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida durante el periodo de suspensión, pero no ha alcanzado la deshabituación y ha interrumpido el tratamiento (o lo que es lo mismo, no ha habido continuidad en el tratamiento), por cualquier causa, incluso por propia decisión del penado, el órgano jurisdiccional ordenará el cumplimiento de la pena; salvo que, oídos los informes correspondientes acerca de la necesaria continuación del tratamiento, estime necesaria la continuación del mismo, en cuyo caso podrá conceder razonadamente una prórroga del periodo de suspensión por tiempo no superior a dos años, con la reanudación del mismo.

Para ello se exigen informes de especialistas que aconsejen que con tal prórroga se podrían cumplir los objetivos propuestos. De ahí se desprende que los abandonos esporádicos o parciales, seguidos de una “continuidad en el tratamiento” no deben dar lugar, por sí mismos, a la revocación automática del beneficio, sino precisamente establecer una prórroga del plazo de suspensión y tratar de lograr así la deshabituación que se persigue.

En cualquier caso, la decisión respecto a la prórroga corresponderá al órgano jurisdiccional, quien, deberá oír a las partes; además tendrá que valorar, tanto los informes del centro de tratamiento como otros informes médicos que pueda recabar, y fundamentalmente la disposición del condenado a continuar con el tratamiento. Desde luego, la prórroga lo será con todas sus consecuencias, incluida la no recaída en el delito.

Pero, ¿qué se considera abandono del tratamiento? Lo primero que hay que tener en consideración es que el tratamiento de los toxicómanos es un proceso arduo, complejo y no siempre lineal en el que se alternan medidas de internamiento en centros terapéuticos y tratamientos ambulatorios, y que contempla, en la inmensa mayoría de los casos, la existencia de recaídas en el consumo, o la presencia de una falsa sensación de seguridad que conduce al abandono voluntario del tratamiento antes de lograr la completa deshabituación; por ello consideramos que la evolución y el resultado del

---

<sup>340</sup> PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Ed. Edersa, Madrid, 2000, pág. 359.



mismo, como sucede en cualquier clase de tratamiento terapéutico, debe ser valorado de modo global.

En consonancia con lo anterior, la LO 1/2015 ha introducido en el art. 80.5 CP una respuesta expresa a esta pregunta, disponiendo que: “no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si éstas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación”. De manera que un incumplimiento parcial y temporal en las condiciones impuestas, como puede ser una recaída en el consumo o la incomparecencia a cualquiera de las citas programadas, no provocarán, sin más, la revocación de la suspensión, sino que el abandono del tratamiento al que se refiere el art. 80.5 CP deberá ser entendido como la decisión voluntaria, deliberada y sostenida de no continuarlo.

En la misma línea a la aquí mantenida se pronuncia BARQUÍN SANZ, quien considera que “si no hay deshabituación pero se acredita que el sujeto ha seguido razonablemente el programa, procederá la remisión. Si el sujeto se ha mantenido esencialmente refractario al cumplimiento del programa, procederá la revocación de la suspensión y el correspondiente cumplimiento de la pena de prisión (no sólo en virtud de este art. 87.2 CP, sino también en atención a las previsiones del artículo 86 CP). Por último, si el sujeto ha seguido básicamente el tratamiento pero apartándose significativamente de un nivel de constancia, procederá una posible prórroga conforme a lo establecido en el apartado segundo del artículo 87 CP”<sup>341</sup>.

Como ya vimos, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, conforme dispone el art. 18 del RD 840/2011, informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta, así como cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

En todos los casos, el juez o tribunal resolverá sobre la revocación de la suspensión, después de haber oído al Fiscal y a las demás partes, y podrá ordenar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver. En esta vista las partes también podrán presentar la prueba que consideren oportuna en apoyo de sus respectivas pretensiones.

---

<sup>341</sup> BARQUÍN SANZ, J., “De las formas sustitutivas de la pena...”, pág. 23.

La intervención de las partes para acordar la revocación de la suspensión, imposición de condiciones o prórroga del plazo de suspensión, está prevista en el art. 86.4 CP que dispone que “en todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una visa oral cuando lo considere necesario para resolver”.

En este último caso, entendemos, y así se deduce del tenor literal del artículo, que el juez o tribunal podrá revocar la suspensión y ordenar el inmediato ingreso en prisión del penado sin la previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes. Nos lleva a hacer tal afirmación el hecho de que el art. 86.4 CP, después de exigir tal requisito, utilice la expresión “sin embargo”, que conforme a la RAE tiene el significado de “no obstante, sin que sirva de impedimento”.

Así pues, cuando el juez o tribunal tenga constancia de cualquier hecho, circunstancia o incumplimiento realizado por el penado que justificadamente le exija un pronunciamiento inmediato para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima, en ese caso podrá acordar, de oficio, la revocación provisional de la suspensión y el inmediato ingreso en prisión del penado, sin perjuicio de proceder a continuación, a las audiencias previstas y el dictado de la resolución oportuna, refrendando la revocación o dejándola sin efecto. Pensamos que este tipo de revocación sin audiencia de las partes, está previsto para casos de extrema urgencia en los que el juez o tribunal tenga claro, con los informes que al efecto tenga en su poder, que “resulta imprescindible” tomar esta decisión, sobre todo, para asegurar la protección de la víctima. No obstante, como se ha dicho, entendemos que deberá refrendar o revocar la decisión tomada, esta vez sí, con audiencia de las partes.

Como apunta DE PAÚL VELASCO, esta cláusula “puede encontrar, por desgracia, un campo abonado de aplicación en el ámbito de la violencia de género en la pareja”<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 19.

La resolución que acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada al Registro Central de Penados para su anotación.

#### **10. Efectos de la suspensión y de la revocación. Especial referencia a la cancelación de antecedentes penales y a la prescripción de la pena**

El art. 87.1 CP dispone que “transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas, o acreditada la deshabituación o la continuidad del tratamiento, el Tribunal acordará la remisión de la pena”.

El efecto directo de la remisión de la pena es la extinción de la responsabilidad criminal del penado, como también establece el art. 130.3 CP, que determina que la responsabilidad criminal se extingue “por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87”.

Así pues, la consecuencia fundamental de que transcurra este término, es que se va a entender extinguida la pena a todos los efectos, como si se hubiera dado cumplimiento material a la misma. Y a los efectos de cancelación de los antecedentes penales generados por esta condena, el art. 136.2 CP dispone que se tomará como fecha de extinción de la pena, una vez que se haya obtenido la remisión definitiva, el día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiera disfrutado de la suspensión, es decir, se efectuará recurriendo a la ficción de entender que la pena quedó extinguida en el momento en que aritméticamente debió extinguirla, tomando como fecha de inicio el día siguiente de la notificación del auto de suspensión.

##### **Artículo 136 CP:**

“1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves.

2. Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión”.

Pongamos un ejemplo: una hipotética pena de 2 años de prisión, suspendida por un plazo de 3 años. Si la resolución se dicta el 1 de junio de 2014, la condena no se extinguirá definitivamente hasta el 1 de junio de 2017; una vez acordada la remisión definitiva, para hacer el compute de la cancelación, se entenderá que la pena comenzó a cumplirse el día 2 de junio de 2014 (día siguiente a la fecha de la resolución) y que quedó cumplida el 2 de junio de 2016. A esta fecha hay que sumarle los 3 años para la cancelación, contados a partir del día siguiente a aquél en quedó extinguida, de manera que ésta se producirá el 3 de junio de 2019.

No ofrece duda alguna, conforme a la redacción del art. 86.1 CP, que si durante el periodo de suspensión el sujeto fuera condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, el único e invariable efecto posible será la inmediata revocación de la suspensión acordada y, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de la pena cuya ejecución había quedado en suspenso; lo mismo sucederá cuando se produzcan incumplimientos graves y reiterados de las reglas de conducta impuestas o no se acredite la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento, en los términos que han quedado expuestos anteriormente.

Como se ha dicho, en el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito en cumplimiento del acuerdo de mediación (Art. 84.1) no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2 y 3 del art. 84 CP; es decir, se abonará un día de prisión por cada dos cuotas de multa satisfechas o por cada día de trabajo en beneficio de la comunidad prestado.

Esta posibilidad de cumplimiento efectivo de la pena inicialmente suspendida había hecho surgir la preocupación de la doctrina respecto al momento en el cual

debería considerarse prescrita, a partir de cuya fecha su ejecución, pese a la revocación de la suspensión, ya no sería posible.

El antiguo art. 134 CP disponía que: “el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”. Esta escueta regulación sobre el instituto de la prescripción de la pena había dado lugar a diversas controversias. La LO 1/2015 ha solucionado el problema añadiendo un segundo apartado al art. 134 que establece que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena.

Para entender la importancia de esta pequeña reforma, debemos hacer referencia a la polémica que se venía planteando.

La cuestión principal que planteaba la normativa sobre prescripción de la pena era la relativa a si el comienzo efectivo de la ejecución constituía la única actuación capaz de interrumpir aquélla o si cabía reconocer eficacia paralizadora a otras actuaciones o contingencias procesales. Eran dos, en esencia, las posturas que se venían manteniendo en la jurisprudencia.

Una primera, de carácter restrictivo, estimaba que el plazo de prescripción que arranca en la firmeza (o en la fecha del quebrantamiento de condena) solo se detiene con el efectivo cumplimiento. Se sostenía, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992, y de 12 de mayo y 15 de julio de 1993.

La segunda postura propugnaba que era posible reconocer eficacia paralizadora a otras actuaciones procesales, además de al inicio del cumplimiento. Puede observarse en la STS de 1 de diciembre de 1999, según la cual, al igual que en el caso de la prescripción de los delitos y con los matices correspondientes, poseen eficacia interruptora de la prescripción las resoluciones, diligencias o actos procesales dotados de un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, y reveladores de que el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis, y no en cambio las resoluciones intranscendentes, inocuas, o carentes de contenido material.

En el mismo sentido se expresaba la STS de 15 de julio de 2004, afirmando que: “normalmente, la fecha término del plazo de prescripción, en casos como el que examinamos, será aquella en la que se revoca la suspensión de la condena y se ordena

su ejecución, y ello resulta consecuencia obligada de un hecho, el que el sujeto hubiera delinquido durante el plazo de suspensión que se le hubiese fijado. Por consiguiente, la comisión del nuevo delito aparece como el hecho clave de la mencionada revocación, y esa relación de causa a efecto hace que esa causa resulte especialmente relevante, y deba ser tomada en cuenta a los efectos de iniciar el cómputo de la prescripción. Este criterio presenta además la ventaja de aparecer como el más ajustado a la seguridad jurídica, principio constitucional, en cuanto es una fecha normalmente fija y no sujeta a circunstancias aleatorias, como pudiera ser aquella que dependiera de la mayor o menor agilidad en la tramitación de la siguiente causa"<sup>343</sup>.

El panorama hasta aquí expuesto varía notablemente con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2010; en ella se alude a que: “el Código penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales, no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el Código Penal, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (art. 130.7), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos (art. 133 CP) y a determinar el *dies a quo* del cómputo de dichos plazos (art. 134). [...] Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto”. Recuerda el TC que: “tiene declarado en relación con la prescripción de las infracciones penales, lo que resulta trasladable a la prescripción de las penas, que “es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción”, así como que “la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución”. Lo que, proyectado al caso que ahora nos

---

<sup>343</sup> STS, Sala 2ª, núm. 952/2004, de 15 de julio, RJ\2004\7289.

ocupa, supone que necesariamente ha de estarse al régimen de la prescripción de las penas establecido por el legislador en el ejercicio de la potestad de la que es titular. [...] La contemplación de nuevas causas interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del CP de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, lo que "desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites" (SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril ( RTC 2008, 57 ), FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical. Además, al decir de esta sentencia, resulta también una interpretación constitucionalmente no aceptable, en cuanto es una interpretación que no se compadece en este caso ni con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) ni con el principio de legalidad penal (at. 25.1 CE) al carecer del necesario rigor con el tenor literal de los preceptos legales que le sirven de fundamento. En este sentido es necesario recordar que, en supuestos como el que nos ocupa, la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* (art. 25.1 CE) (STC 29/2008, de 20 de febrero (RTC 2008, 29), FJ 12), resultando conculcado el derecho a la libertad "tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone" (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre ( RTC 1984, 127 ), FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio ( RTC 1994, 241), FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre (RTC 2005, 322 ), FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor "en tanto que perjudiquen al reo" (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5)"<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> STC, Sala 2ª, núm. 97/2010, de 15 de noviembre, RTC\2010\97.

Tras esta Sentencia del Tribunal Constitucional, a modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Acuerdo de Criterios de 16 de junio de 2011, dejó sin efecto el anterior de 26 de mayo de 2006, estimando que el *dies a quo* para la prescripción de la pena, una vez revocada la suspensión, comenzaba con la firmeza de la sentencia.

Posteriormente, la Fiscalía General del Estado, en su Consulta 1/2012, de 27 de junio, se pronunció sobre si la interpretación del Tribunal Constitucional debía extenderse a la suspensión de la ejecución de la pena, llegando a la conclusión de que no, toda vez que la suspensión de la ejecución de la pena “es una forma sustitutiva de ejecución, o dicho de otro modo, una forma alternativa de cumplimiento que trata de evitar el ingreso del penado en un centro penitenciario”. Mantiene la Fiscalía que la suspensión “tiene una naturaleza radicalmente distinta a la de los dos supuestos abordados en la STC nº 97/2010. No se trata como en los casos de petición de indulto o de tramitación de un recurso de amparo, de una paralización de toda actividad judicial ejecutiva, con cese efectivo del ejercicio de esta función jurisdiccional. Se trata, antes bien, de una alternativa de cumplimiento que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone, de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente que obliga incluso a que el Juez o tribunal encargado de la ejecución deba recabar preceptivamente informes de carácter periódico para comprobar el cumplimiento de las obligaciones impuestas”. Concluye la Fiscalía afirmando que la doctrina de la STC nº 97/2010 no es trasladable a los supuestos de suspensión y sustitución de la ejecución de la pena de los art. 80 a 89 CP. En estos casos estaremos ante formas sustitutivas de cumplimiento directamente incardinables en el tenor literal del art. 134 del texto punitivo, debiendo entenderse que “la suspensión y la sustitución de la pena –desde su notificación personal al reo- producen la interrupción del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se quebranten las condiciones en cada caso fijadas y procede la revocación del beneficio. Por tanto, en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad será la comisión del nuevo delito, la del abandono del tratamiento rehabilitador o la del último incumplimiento de las reglas de conducta –como aquel que motiva la decisión judicial de revocación del beneficio-, el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo se reiniciará, a su vez, en los casos de sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se produzca, en sus respectivos casos, el incumplimiento de la pena sustitutiva o



la infracción de la obligación de no regresar a España. En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación”.

Termina la Fiscalía reiterando la conveniencia de abordar una reforma legislativa que evite interpretaciones erróneas, ya plasmada en su Memoria del año 2006, en la que se apuntaba la necesidad de introducir en el art. 134 un texto legal aún más taxativo, con la incorporación de un nuevo párrafo del tenor siguiente: “quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecutan otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo”.

Posteriormente, la STC de 28 de mayo de 2014, ha matizado que: “Cuando se suspende la ejecución por la tramitación de una petición de indulto o la sustanciación de un recurso de amparo, tal medida solamente produce la paralización del cumplimiento de la sanción impuesta, en espera del acaecimiento de un suceso futuro y de resultado incierto que, eventualmente, podría afectar al título de ejecución, es decir, a la sentencia condenatoria. Por el contrario, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulada en el artículo 80 y ss. CP no tiene por finalidad preservar la efectividad de una potencial modificación del fallo, sino articular un modo de ejecución alternativa al cumplimiento material de la pena privativa de libertad que, en atención al comportamiento favorable del penado, habilita un resultado del todo coincidente con el cumplimiento efectivo de la pena. Dicho en otras palabras, mientras que la paralización de la ejecución, por los motivos enunciados en primer lugar, tiene por objeto evitar que la hipotética concesión del indulto o la eventual estimación del recurso de amparo pierda su finalidad, el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de las penas deja intacto el contenido de la sentencia condenatoria, limitándose a habilitar un cauce para el desarrollo de la ejecución que, por evidentes razones de política criminal, tendrá un contenido distinto de la ejecución *in natura*”. Además, las consideraciones que se tienen en cuenta para justificar la no prescripción de las penas, “se anudan a la idea de que durante el periodo de suspensión se está desarrollando una modalidad de ejecución alternativa. Esa modalidad, añadimos, ha sido específicamente diseñada por el

legislador y, a diferencia de otros supuestos analizados por este Tribunal, impide que el Estado pueda, por expreso mandato legal, aplicar el *ius puniendi* que la sentencia condenatoria impone. Dicho de otra forma, el hecho de que no se compute la prescripción durante la suspensión de la ejecución no contraviene la finalidad constitucional asociada al instituto prescriptivo, puesto que ha sido el legislador quien ha establecido un modo alternativo a la ejecución de la condena que, durante su vigencia, veda el cumplimiento material de las penas privativas de libertad que exige la literalidad de la sentencia firme. Además, si se cumplen los requisitos impuestos en la resolución judicial se produce *ope legis* el mismo efecto que si la pena se hubiera cumplido: la extinción de la responsabilidad penal. Por tanto, aunque la sentencia goce de firmeza, en los términos requeridos por el artículo 134 CP, cuando se otorga el beneficio de la suspensión de la ejecución el ejercicio del *ius puniendi* deviene imposible, salvo que el citado beneficio sea revocado, lo que también ocurre cuando la pena prescribe”<sup>345</sup>.

El Tribunal Supremo también se pronunció sobre el tema en su Sentencia de 24 de mayo de 2012, con el siguiente argumento: “resultando que la prescripción de las penas tiene una naturaleza sustantiva que se funda, como afirma el TS -por todas- 921/2001, de 23-5 (RJ 2001, 4557), en la pérdida de sentido de la ejecución de la pena, en inutilidad desde los fines de reinserción y de prevención general y especial pasados los plazos de prescripción, resulta evidente que dichas finalidades se mantienen en los supuestos en que las dilaciones injustas para que comience a darse ejecución a lo sentenciado, responde a la legítima utilización por el reo de los recursos legales que mejor le pueden aprovechar respecto del modo de cumplimiento de la condena. Desde esta justificación sustantiva de la prescripción de las penas, ni siquiera es preciso utilizar el argumento analógica en relación a las causas de interrupción de la prescripción de los delitos -que podría contradecir los argumentos de la STSC 97/2010, de 15-11- (RTC 2010, 97) que tiene un fundamento parcialmente distinto, sino que es suficiente con reducir teológicamente la norma que dispone el “dies a quo” del plazo prescriptivo de las penas y que no se sitúa inexorablemente en la fecha de la firmeza de la sentencia o el quebrantamiento de la condena, sino en el momento en que, resueltas todas las incidencias referidas a la ejecución de la pena y el modo de llevarla a cabo, debe dar comienzo el cumplimiento de la condena.

---

<sup>345</sup> STC, Sala 2ª, núm. 81/2014, de 28 de mayo, RTC\2014\81.

En efecto doctrinalmente se defiende que ante el silencio legal sobre si la suspensión de la ejecución interrumpe o no la prescripción, la solución ha de venir condicionada por el concepto, naturaleza y caracteres en que se configura el instituto de la suspensión de la ejecución y si se tiene como una fórmula más de cumplimiento de la pena, esto es, si la suspensión de la ejecución se entiende como "otra ejecución", consistente precisamente en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando ésta pueda afectar negativamente al condenado, impulsando su resocialización y conminándose a una conducta no delictiva que la liberará definitivamente del castigo -el plazo de prescripción no habría podido iniciar su andadura, pues el art. 134 establece que el tiempo de prescripción de la pena se computará desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiere comenzado a cumplirse. En tal caso únicamente cuando la suspensión haya sido revocada podría hablarse del inicio del plazo de prescripción”<sup>346</sup>.

Como se ha dicho, la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha zanjado el problema añadiendo un segundo apartado al citado art. 134, con la siguiente redacción: “el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena”. Previsión que, como apunta GARCÍA SAN MARTÍN, “habida cuenta su expresa taxatividad y la ausencia de singularidad alguna para los diferentes supuestos posibles, y atendida, asimismo, su ubicación sistemática, entiendo su extensión a todas y cada una de las diferentes modalidades de suspensión de la ejecución, a pesar de que algunas de ellas puedan servir a muy diferentes fundamentos; suspensión del plazo que no interrupción del mismo, que, no obstante, viene a servir igualmente a la imprescriptibilidad de las penas durante el tiempo o plazo en que su ejecución se encuentra suspendida”<sup>347</sup>.

Pero, ¿hasta cuándo se mantiene la suspensión de la ejecución de la pena y, con ella, la suspensión del cómputo de la prescripción?, ¿debe entenderse que la suspensión dura hasta que se realicen los hechos que, según el art. 86 CP justifican su revocación? Hacemos nuestros los argumentos que, al respecto, hace CARDENAL MONTRAVETA, así, “el tenor literal del art. 134.2.a) CP, el fundamento de la prescripción, y la conveniencia de fijar un criterio claro y unitario para todos los supuestos en los que se suspende la ejecución de la pena, nos llevan a concluir que la suspensión de la ejecución –y del cómputo del plazo de prescripción derivado de

---

<sup>346</sup> STS, Sala 2ª, núm. 450/2012, de 24 de mayo, RJ\2012\6557.

<sup>347</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, págs. 46 y 47.

aquella- se mantiene hasta que se acuerde su revocación, o bien hasta que venza el plazo de suspensión fijado al acordarla o al prorrogarla. [...] La resolución que revoca la suspensión en virtud de lo dispuesto en el art. 86 CP será siempre posterior a la fecha de los hechos que justifican la revocación, incluso si se considera que el art. 86 CP exige que también la sentencia condenatoria firme se haya dictado dentro del plazo de suspensión. Pero, ni el tenor literal de los arts. 86 y 87 CP, ni el hecho de que la resolución que revoca la suspensión se dicte después de que se hayan producido los hechos que la justifican, obligan a considerar que son tales hechos los que dejan sin efecto la suspensión de la ejecución. Y hay argumentos de peso para rechazar la tesis según la cual la suspensión de la ejecución de la pena se mantiene hasta que vence el plazo fijado, o se realizan los hechos que justifican su revocación, a favor de la tesis según la cual la suspensión de la ejecución de la pena se mantiene hasta que se acuerda la revocación, o vence el plazo de suspensión. Los argumentos que nos llevan a pronunciarnos a favor de esta tesis son los siguientes: a) la brevedad de los plazos de prescripción de la pena y la opción del legislador por la suspensión del cómputo, renunciando a considerar que la revocación de la suspensión de la ejecución comporta la interrupción del cómputo de la prescripción; b) el fundamento de la suspensión de la ejecución y de la prescripción; c) el mismo hecho de que la suspensión se revoque, puesto en relación con la función preventiva del Derecho penal; y d) la flexibilidad de las consecuencias del incumplimiento de las condiciones fijadas para mantener la suspensión y de las condiciones de cumplimiento de una pena breve de prisión. Cuando se producen los hechos que justifican la revocación de la suspensión de la ejecución no es posible saber si producirán tal efecto. Ello se decide posteriormente, conforme a lo dispuesto en el art. 86.4 CP, y no era posible decidirlo en el momento en que ocurrieron los hechos que, en su caso, fundamentan la revocación posterior de la suspensión. Tampoco en el momento en el que vence el plazo de suspensión de la ejecución de la pena es siempre posible saber si aquella se revocará, pero ese momento proporciona una referencia segura para determinar la duración de la suspensión de la ejecución cuando ésta no se ha revocado previamente, e impide adelantar la revocación a un momento en el que ello no era seguro ni se había decidido, sin excluir que el juez o tribunal consideren que no procede revocar la suspensión.

Aunque la ejecución de pena que se había suspendido tardara en producirse después de la revocación, no parece razonable entender que la suspensión acordada en

virtud de los arts. 80 a 87 CP se mantiene hasta que la revocación se notifique al penado, ni hasta que se inicie la ejecución”<sup>348</sup>.

---

<sup>348</sup> CARDENAL CONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena...*, págs. 132 a 134.

## **CAPÍTULO IV.- LA LIBERTAD CONDICIONAL O SUSPENSIÓN DEL RESTO DE LA PENA DE PRISIÓN**

La libertad condicional se introduce en España mediante la Ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914, pasando posteriormente a regularse en los Códigos Penales de 1928, 1932, 1944, 1973 y 1995.

Nuestro ordenamiento jurídico actual regula la libertad condicional, esencialmente, en el Código Penal, en los arts. 90 a 92, fijando los supuestos y condiciones en que la misma es aplicable; pero estos preceptos deben relacionarse con el articulado, también concerniente a esta institución, que se recoge en nuestro ordenamiento penitenciario: Ley Orgánica General Penitenciaria, arts. 67, 72, 74, 75 y 76, y Reglamento Penitenciario, arts. 192 a 205, y 273, h).

Tradicionalmente la libertad condicional ha sido considerada como la última fase de ejecución de la pena de prisión, concretamente como el cuarto grado penitenciario, que permitía que el penado, concurriendo determinados requisitos exigidos por la normativa legal, pudiera cumplir en libertad el último tramo de la condena, condicionada a no volver a delinquir dentro del periodo que le falte para su libertad definitiva y a la observancia, en su caso, de las reglas de conducta que le hubiere impuesto el Juez de vigilancia penitenciaria.

El art. 72.1 LOGP dispone que “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”.

Podemos decir que la libertad condicional, en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido la consecuencia necesaria de la finalidad perseguida por las penas privativas de libertad, consistente en la reeducación y reinserción social del delincuente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 CE; una herramienta fundamental para preparar al penado en su regreso a la vida en libertad.

Como se ha dicho, se ha considerado a la libertad condicional el cuarto grado del sistema penitenciario, que se completa con los otros tres grados de clasificación previstos en la normativa penitenciaria –primero, segundo y tercero–. Bien es cierto, que este cuarto grado presenta dos notables diferencias con los otros tres. La primera diferencia, es que el cuarto grado se cumple en total libertad, lo cual no deja de ser una paradoja, que una pena de privación de libertad se cumpla, precisamente, estando libre.

La segunda, es que para acceder a este cuarto grado, obligatoriamente, se debe de pasar previamente por el tercer grado, cosa que no ocurre con ninguno de los otros grados del sistema.

Como apunta SOLAR CALVO, “hablar de libertad condicional desde la perspectiva penitenciaria equivale a hablar de un modo de cumplimiento de la condena privativa de libertad, siendo el tiempo pasado en ella, tiempo de cumplimiento efectivo. Sin embargo, no se trata de un grado de cumplimiento más. A diferencia de ellos, su regulación se encuentra principalmente en la norma penal y no en la penitenciaria. A la vez, engloba al tercer grado como requisito propio, dando a entender con ello que el régimen de cumplimiento que establece incluye el concepto de grado pero también lo supera. Finalmente, la intervención del JVP en su aplicación nos confirma una calidad jurídica diferente de la de los grados de tratamiento, que no requieren de la intervención judicial para su concesión. Por todo ello, se atribuye a la libertad condicional un plus jurídico que la aproxima a la naturaleza de los derechos subjetivos de los internos”<sup>349</sup>.

Para MAPELLI CAFFARENA hay muchas razones que “apuntan a favor de considerarla como algo distinto al cuarto grado. En primer lugar porque los requisitos para su aplicación y revocación (...) no tienen mucha relación con los criterios de progresión y regresión de grado. En segundo lugar, porque se otorga por un procedimiento también diferente y, por último, porque su contenido difiere absolutamente del régimen que se corresponde con los otros grados; en tanto que para el penado clasificado en cualquiera de estos grados tan solo está previsto, como actividad resocializadora, que se someta a un tratamiento, para quienes disfrutan de la libertad condicional es posible imponerles complementariamente otras obligaciones o deberes”. Así pues, “el hecho de que el CP exija, que para obtener este beneficio se deba estar clasificado en el tercer grado no subyace la idea de la progresión, sino a una estrategia dirigida a asegurar que en la decisión final de conceder o no la libertad condicional juegue un papel relevante la administración penitenciaria”. Para este autor, “nos encontramos ante un modelo alternativo al cumplimiento tradicional de la privación de libertad, que guarda cierta relación con la suspensión y la sustitución de la pena. Mientras que éstas están pensadas para una etapa anterior a la ejecución, la libertad condicional lo está para la fase ejecutiva. De ahí que el legislador mantenga su

---

<sup>349</sup> SOLAR CALVO, P., “La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP n.º 5 de Madrid, de 3 de noviembre de 2016”, *Diario La Ley*, nº 8873, 29 de noviembre de 2016, pág. 1

regulación básica en el CP”. Un modelo de libertad a prueba, al que, siguiendo el modelo clásico se pueden añadir una serie de reglas de conducta. “La cuestión tiene importancia sobre todo de *lege ferenda* ya que, independizada de la progresión, la libertad condicional podría otorgarse sin necesidad de que el penado recorra todos los grados”<sup>350</sup>.

Con la reforma operada por la LO 1/2015, la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena; pero, pese a estar ubicada junto a los sustitutivos de la prisión, pues se regula en la Sección Tercera del Capítulo III del Libro I del Código Penal, que lleva por título “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, concretamente en los art. 90 y ss. CP, no participa de su principal característica, que es evitar el ingreso del condenado en prisión.

Se produce, pues, un profundo cambio en la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que ahora se identifica con una institución –la suspensión– que pretende evitar el ingreso de una persona en prisión, mientras que la libertad condicional, tradicionalmente, lo que ha pretendido es anticipar la excarcelación del penado. El cambio fundamental es que la libertad condicional deja de ser una forma específica de cumplimiento de la pena privativa de libertad (el cuarto y último grado), convirtiéndose en la suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un determinado plazo, entre 2 y 5 años, computable desde la puesta en libertad del penado. Si durante ese plazo el penado no comete un delito y cumple las condiciones que le hayan sido impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; si por el contrario, delinque o incumple gravemente las condiciones, la libertad le será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin abono del tiempo de la suspensión.

Como señala el Preámbulo de la LO 1/2015: “la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena. Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado periodo de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento;

---

<sup>350</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, págs. 191 y 192.



por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Para la FGE, que en el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP, “la vinculación que establece la nueva norma entre libertad condicional y suspensión representa una radical transmutación de la teoría y la praxis penal y penitenciaria vigente en nuestro país hasta la fecha, y por su extrema modificación de los principios estructurales característicos de nuestra tradición jurídica resulta de más que discutible oportunidad. La empresa de reducir a un régimen jurídico común un mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, como es la suspensión, y un elemento tan caracterizado de la ejecución penitenciaria de la pena como es la libertad condicional es sumamente arriesgada, pues ni su fundamento ni su finalidad guardan parentesco o semejanza.

La suspensión ha sido concebida desde su implantación en nuestro ordenamiento jurídico a principios del siglo XX como una vía para evitar el ingreso en prisión de delincuentes primarios, en tanto que la libertad condicional constituye una de las fases o grados de la ejecución penitenciaria, el último dentro del sistema de individualización científica. La suspensión parte de la premisa de que no es necesario aplicar al penado un tratamiento penitenciario, que el ingreso en prisión es contraproducente, y que su resocialización se puede lograr en libertad sin contacto con el medio carcelario, en tanto que la libertad condicional es una continuación del tratamiento penitenciario fuera de la institución penitenciaria pero bajo el control de sus servicios sociales y del Juez de Vigilancia”. Por todo ello, “el sentido y la finalidad de la institución de la suspensión condicional es claramente distinto al de la libertad condicional, lo que hace tan dificultoso y desaconsejable su reducción a un denominador común, pues en aquella la pena no se ejecuta, lo que conduce a fijar unos plazos de suspensión no vinculados a la duración fijada en sentencia, mientras que en la libertad condicional la pena se ejecuta en una porción considerable —tres cuartos o dos tercios del total, normalmente—, en sentido estricto, es una forma de ejecución de la pena, lo que conecta necesariamente el plazo de libertad condicional a la porción remanente de pena, toda vez que el período

invertido en prisión ha debido producir en el penado el correspondiente efecto intimidativo y resocializador”<sup>351</sup>.

Es claro que el legislador del 2015 ha decidido transformar la naturaleza jurídica de la libertad condicional, configurándola como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena; sin embargo este cambio de naturaleza contrasta con los distintos fundamentos de uno y otro instituto. Así, el instituto de la suspensión tiene por objetivo evitar el uso de la pena de prisión en supuestos en los que su ejecución se considera innecesaria a efectos de prevención especial, o incluso contraproducente para el penado; por el contrario, la libertad condicional no se concede porque se considere que la ejecución de la última parte de la pena en régimen cerrado sea innecesaria o produzca efectos contraproducentes, sino porque no se considera necesaria para conseguir el objetivo constitucional que deben perseguir las penas privativas de libertad, que es la resocialización del condenado. En este caso lo que se pretende es preparar al penado para una futura vida en plena libertad.

Con este cambio pensamos que el legislador ha pretendido generalizar la excepción del régimen de la libertad condicional establecida para delincuentes terroristas en el derogado art. 93 CP, consistente en no computar el tiempo en libertad condicional en caso de revocación como tiempo de ejecución de la pena de prisión.

Conviene reseñar que la nueva regulación de la libertad condicional del Código Penal se encuentra en contradicción con las previsiones de la LOGP, que mantiene expresamente todavía a esta institución como una fase, la última, de la ejecución de este tipo de penas y no como una situación de suspensión. Es tal el choque normativo que se produce, que, como señala SOLAR CALVO, “cabría plantearse si el apartado segundo de la Disposición Derogatoria Única de la LO 1/2015, que establece que: «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica» afecta a la norma penitenciaria referida a la libertad condicional”<sup>352</sup>.

Para paliar esta confusión, la propia SGIIPP, en su Instrucción 4/2015, de 29 de junio, de “Aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código Penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo”, refiere concretamente que “estas modificaciones no pueden quedar confinadas en el ámbito del Código Penal, sino que deben proyectarse en una reforma de la Ley Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo. Sin embargo, hasta

---

<sup>351</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto..., págs. 75, 76 y 80.

<sup>352</sup> SOLAR CALVO, P., “La libertad condicional antipenitenciaria...”, pág. 3.

que no se aborden estas reformas normativas, a través de la presente instrucción se dan las indicaciones pertinentes para que sean tenidas en cuenta a partir del 1 de julio por los órganos unipersonales y colegiados de los centros penitenciarios en los cometidos funcionales que les corresponda asumir”.

## **1. Modalidades de libertad condicional**

La nueva regulación de la libertad condicional como modalidad de suspensión de condena prevé hasta siete tipos distintos de libertad condicional, a saber: la libertad condicional básica a partir de las 3/4 partes de la condena; la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes; la libertad condicional cualificada de 90 días de adelantamiento sobre las 2/3 partes, por cada año efectivo a partir de la mitad de la condena; la libertad condicional a la mitad de la condena para penados primarios; la libertad condicional de los terroristas y delincuencia organizada (todas ellas reguladas en el nuevo artículo 90 del CP); la libertad condicional de los septuagenarios y enfermos incurables, que no exige tiempo de extinción de condena (regulada en el artículo 91 del CP) y la libertad condicional de los condenados a la nueva pena de prisión permanente revisable a los 25 años, como mínimo, de extinción de la condena (regulada en el artículo 92 del CP). Además, hay que tener en cuenta las particularidades aplicables a la libertad condicional de condenados extranjeros.

### **a) Libertad condicional ordinaria o básica**

La libertad condicional ordinaria o básica se regula en el art. 90.1 CP que, tras la reforma operada por la LO 1/2015, dispone:

“1. El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta.

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”.

A continuación analizaremos los requisitos de esta modalidad de libertad condicional ordinaria o básica, que son comunes al resto de modalidades de libertad condicional, a excepción del de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

#### **i. Que el penado se encuentre clasificado en tercer grado.**

Conforme dispone nuestra legislación penitenciaria, tras el ingreso en un Centro Penitenciario, los penados deberán ser clasificados en grados; los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto (art. 100 RP). Para la clasificación, se tomará en cuenta, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (art. 63 LOGP y 102.2 RP).

Debe tenerse en cuenta que el art. 72.3 LOGP establece que: “Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden”. Ello es una

consecuencia del sistema de individualización científica que preside nuestro sistema penitenciario.

En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (art. 72.4 LOGP).

La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad (Art. 102.4 RP).

Sobre la progresión de grado, la Audiencia Provincial de Madrid, en su auto de 25 de junio de 2004, señala: "La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación del condenado, y esas penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados, sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

El tratamiento penitenciario consiste, precisamente, en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, que se basa en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad. Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se haya señalado y siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior.

Tal y como señala el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado depende de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno y entraña un incremento de la confianza depositada en él, hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad. Pero dicho precepto debe ser integrado con el artículo 102 del mismo texto legal, que regula los criterios generales de clasificación de los internos, que no son otros que su personalidad, el historial individual, familiar social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del

tratamiento. Y ello por cuanto que la progresión a tercer grado no es sino la relajación de los mecanismos normales de control de la vida del interno en el régimen ordinario o segundo grado, mediante la concesión de un más amplio espacio de libertad, lo que, evidentemente, no debe hacerse sino no es con una cierta garantía de éxito en la utilización de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena, de modo que (vid. artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario) la clasificación en tercer grado se aplicará únicamente a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad”<sup>353</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Málaga, en su Auto de 3 de agosto de 2015, diciendo que: “la determinación de la clasificación de un interno, según previene el art. 63 de la LOGP en relación con el art. 102.2 del RP viene estrechamente relacionada con la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, así como con la duración de las penas y el medio social al que habrá de retornar el interno.

Establecido lo anterior, el dato relevante para acordar la progresión en los distintos grados está presidida además por la concurrencia de una serie de circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia penitenciaria, que genere el necesario clima de confianza en que el tratamiento empleado ha conseguido o está en vías de conseguir, el fin último de la pena, esto es, la reeducación y reinserción social del interno (art. 25.2 de la CE y 59 de la LOGP)

Por su parte el tercer grado penitenciario, conforme al sistema de “individualización científica” que es el recogido en el art. 72 de la LOGP supone, de acuerdo con lo prevenido en el art. 102.4 del RP, la capacitación de los internos, por sus circunstancias personales y penitenciarias, para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”<sup>354</sup>.

Como se expone en la Instrucción nº 9/2007, de 21 de mayo, sobre “clasificación y destino de penados” de la SGIIPP, “el tercer grado de tratamiento no es un beneficio penitenciario; es una modalidad ordinaria de cumplimiento de condena, a la que deben ir

---

<sup>353</sup> AAP de Madrid, Sec. 5ª, núm. 1864/2004, de 25 de junio, JUR\2004\235354.

<sup>354</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía, con sede en Málaga, núm. 3842/2015, de 8 de agosto, JUR\2015\195476.

destinados, bien inicialmente o cuando su evolución así lo permita, todos aquellos internos que presenten una capacidad de inserción social positiva. El fundamento del régimen abierto, va más allá de la simple suavización de penas. El régimen abierto se configura como un medio importante de apoyo a la socialización de aquellos sujetos, que, en su trayectoria vital, cuentan con una autorresponsabilidad suficiente que justifique la ausencia de controles rígidos en el cumplimiento de sus condenas”.

La clasificación inicial de un interno en tercer grado de tratamiento es posible, pero no para la libertad condicional, ya que como nos recuerda el art. 72.3 LOGP, “siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden”.

Así pues, para la progresión del interno al tercer grado que exige la libertad condicional, sí será necesario que transcurra el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno y que concurran, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2 RP, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado; así lo prevé el art. 104.3 RP para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado.

La intervención del Juez de vigilancia penitenciaria consiste en controlar la concesión del tercer grado, en su caso, por vía de recurso, que interpone el Ministerio Fiscal, contra el acuerdo de Instituciones Penitenciarias, sin que pueda actuar de oficio, salvo en el régimen especial previsto en el art. 36.2 CP como veremos a continuación.

Cuando en una revisión de clasificación la Junta de Tratamiento considera que no procedente proponer un cambio en el grado actual del interno, comunica de forma motivada dicho acuerdo al interno, quien puede solicitar que se remitan los informes al Centro Directivo para que se pronuncie sobre su clasificación. Resolución que puede ser recurrida por el interno ante el juzgado de vigilancia penitenciaria que corresponda al centro penitenciario donde se halla interno.

Con condenas superiores a cinco años de prisión, dispone el art. 36.2 CP, que el juez o tribunal sentenciador podrá ordenar que la clasificación del penado en el tercer grado penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta

(el llamado período de seguridad). No obstante, el juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, esto es, que no sea necesario el cumplimiento de la mitad de la pena para la clasificación en tercer grado.

Esta posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria aplique al penado el régimen general de cumplimiento, no será factible cuando se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos del artículo 183 CP (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años), o delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II CP (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) cuando la víctima sea menor de trece años; en todos estos casos el penado deberá cumplir, en cualquier caso, la mitad de la pena impuesta para poder acceder al tercer grado.

La Instrucción 7/2010, de 14 de diciembre, de la DGIIPP, de modificación de la Instrucción 2/2005 en lo relativo al periodo de seguridad (art. 36.2 CP), dispone que cuando la Junta de Tratamiento compruebe que a un penado le es aplicable el periodo de seguridad de conformidad con el art. 36.2 CP por no haber cumplido aún la mitad de la pena impuesta, y así estar expresamente consignado en el testimonio de la sentencia, y pese a ello, considera que está en condiciones de acceder al tercer grado de tratamiento, solicitará al Juez de Vigilancia Penitenciaria la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo que se trata de los supuestos enumerados en el párrafo anterior, en los que no cabe tal aplicación.

A la propuesta de tercer grado se acompañará:

1. Copia de la resolución judicial en la que éste se acuerde, en su caso,
2. El informe específico sobre el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del interno, con valoración de sus circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador, que podrá tomar en consideración:
  - a. Asunción o no del delito: reconocimiento y valoración por el interno del significado de su conducta recogida en los “hechos probados”.



- b. Actitud respecto a la víctima o víctimas: compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito.
- c. Conducta efectiva llevada a cabo en libertad, en su caso, entre la comisión del delito y el ingreso en prisión, y pruebas que la avalen.
- d. Participación en programas específicos de tratamiento tendentes a abordar las carencias o problemas concretos que presente y que guarden relación con la actividad delictiva, así como la evolución demostrada en ellos.

Cuando a un interno clasificado en tercer grado le llegue una nueva condena, en la que sea aplicable el periodo de seguridad, la Junta de Tratamiento revisará su clasificación, y si considera que, aun no teniendo cumplido el periodo de seguridad, debe permanecer en tercer grado, solicitará del juez de vigilancia penitencia la aplicación del régimen general de cumplimiento, indicando que el penado permanecerá en tercer grado hasta tanto no se produzca nueva resolución; en caso contrario solicitará la regresión de grado al centro directivo, en informe motivado.

Por último, si el interno está en tercer grado y la condena recibida lo es por alguno de los delitos antes mencionados, recogidos en los apartados a), b), c) o d) del art. 36.2 CP, se procederá a formular propuesta de regresión de grado al Centro Directivo en la primera Junta de Tratamiento que se celebre.

El juez de vigilancia penitenciaria intervendrá activamente en ponderar los casos particulares en los que quepa aplicar el régimen general de cumplimiento. Para ello, será indispensable la existencia de un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, con valoración de sus circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador, que habrá elaborado la Junta de Tratamiento y que adjuntará a la propuesta de clasificación de tercer grado efectuada al Centro Directivo, que antes de resolver concediendo la clasificación en tercer grado, deberá contar con el auto del juez de vigilancia penitenciaria acordando la aplicación del régimen general de cumplimiento, previa audiencia del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Como señala MIR PUIG, “El Juez de Vigilancia en este supuesto no actúa, como es lo ordinario en tema de clasificación penitenciaria, vía recurso, sino que puede intervenir activamente en ponderar los casos particulares en los que quepa aplicar

el régimen general de cumplimiento, por lo que puede hablarse de un control previo de jurisdiccionalidad, y no de un control posterior de jurisdiccionalidad”<sup>355</sup>.

Hay que recordar que en estos procedimientos, intervendrá ante el juez de vigilancia penitenciaria, además del Fiscal e Instituciones Penitenciarias, el propio condenado; además, conforme prevé el art. 13 LEV, si la víctima del delito hubiera solicitado que se le notifique el auto por el que el Juez de vigilancia penitenciaria autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, podrá interponer contra el mismo el correspondiente recurso, como veremos más adelante.

El segundo párrafo del art. 36 fue añadido por la LO 7/2003, regulándose por primera vez en nuestro país aquella figura que se dio en llamar “periodo de seguridad”, que en un primer momento propició varias corrientes interpretativas enfrentadas tanto jurisprudenciales como en el seno de la doctrina jurídico-penal y de las autoridades administrativas penitenciarias, particularmente a la hora de clarificar qué debía entenderse por pena de prisión superior a cinco años. Así, por parte de la SGIIPP en la Instrucción nº 9/2003, de 25 de julio, adoptando el más perjudicial de los criterios para el reo, se sentó la directriz consistente en considerar que el periodo de seguridad establecido por el CP era de aplicación a los internos que, con independencia del número de penas en cumplimiento y la extensión de éstas, hubieran de permanecer en prisión por más de 5 años, esto es, cuando las penas, por sí solas o sumadas aritméticamente, excedieran de dicho tiempo. No tardaron en oírse voces contrarias a esta paráfrasis, afirmándose desde diversos sectores que esta figura introducida por la LO 7/2003, al estar pensada para delitos de cierta gravedad no era extensiva a aquellos supuestos en los que, cumpliéndose por un ciudadano más de cinco años de prisión, el montante de la condena estuviera integrado por varias penas menos graves o incluso leves. En efecto, el *favor rei*, tan presente en nuestro ordenamiento jurídico, imponía la necesidad de adoptar una posición flexible a la hora de dar a la expresión “pena de prisión impuesta” un sentido conforme al mismo, de ahí que la Instrucción 2/2005 de 15 de marzo de la DGIIPP, modificara el criterio anterior, y estableciera que el período de seguridad era de exclusiva aplicación cuando la pena, o alguna de las que el interno se hallara cumpliendo, superara la barrera de los cinco años.

---

<sup>355</sup> MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Ed. Atelier, 3ª edición, Barcelona, 2015, pág. 114.

En este sentido también se pronuncia el Acuerdo nº 47 de los Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, acuerdos y reuniones, celebradas entre 1981 y 2008, recogido en el texto refundido de 2009, que establecía literalmente: “el período de seguridad toma como referencia las condenas individualmente consideradas, por lo cual sólo se aplicará en las penas de cuantía superior a 5 años de privación de libertad. Si concurrieren varias penas privativas de libertad, a efectos del cumplimiento del período de seguridad derivado de la pena a la cual es aplicable, se considerará el principio de unidad de ejecución. (Aprobado por mayoría de 14 a 13 en la reunión de 2005). Si concurren varias penas privativas de libertad, a efectos del cómputo del período de seguridad, se considerarán incluidas sólo aquéllas superiores a cinco años, con el límite de la mitad del máximo de cumplimiento fijado en virtud del Art. 76 del Código Penal y sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 78 del mismo Código (Aprobado por mayoría en la reunión de 2008)”.

La motivación en la que se basa este acuerdo es la siguiente: “El artículo 36.2 del C.P. utiliza con absoluta claridad el término de “pena”, ya que ésta es la consecuencia jurídica del delito y, por lo tanto, la respuesta que el Estado da de forma individual y proporcional al injusto penal cometido, frente a la expresión “condena”, que es el resultado de la suma aritmética o refundida de las penas impuestas. Esta interpretación resulta más acorde con las exigencias del principio de legalidad penal, máxime cuando está en juego un valor jurídico superior como es la libertad.

Piénsese además que el Art. 36.2 del C.P. utiliza la expresión “pena” frente al artículo 193.2 del R.P. que utiliza el término “condena”.

Debe señalarse que este criterio es el mantenido por la Audiencia provincial de Madrid (Auto 6-05-04) y la de Barcelona (19-05-04). Asimismo, se recoge en la Circular 1/2004 del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Ya en la reunión de 2004 los JVP aprobaron, también por mayoría, que el artículo 36.2 del CP sólo era aplicable individualmente a las penas privativas de libertad de 5 años en adelante y no a las penas que sumadas aritméticamente excedieran de ese límite. La redacción actual del acuerdo es más precisa”.

El art. 78 CP dispone que si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 CP (acumulación jurídica de penas, con un máximo de cumplimiento), la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la clasificación en tercer grado se refiera a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias que se acumulan.

Pongamos un ejemplo: un sujeto condenado en varias sentencias a siete penas de tres años de prisión cada una (hacen un total de 21 años, siendo la mitad de la misma 10 años y 6 meses); como quiera que la pena a cumplir será de 9 años de prisión (el triplo de la mayor ex art. 76.1 CP) y ésta es una pena inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, que es de 10 años y 6 meses, la clasificación en tercer grado sólo podrá referirse a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, es decir, a 21 años.

También en estos casos, el Juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

En el ejemplo anterior, si el Juez de vigilancia penitenciaria acordara la aplicación del régimen general de cumplimiento, la clasificación del tercer grado se efectuaría sobre la pena máxima de cumplimiento: 9 años de prisión.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la aplicación del régimen general de cumplimiento sólo será aplicable: al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

Por ejemplo, si el máximo de cumplimiento fuera de 40 años (supuesto d) del art. 76.1 CP), la quinta parte de 40 años, sería 8 años, de modo que el tercer grado sólo podría ser concedido a partir de los 32 años de prisión ( $40-8=32$ ).

Como se ha dicho, también en estos casos, intervendrá ante el Juez de vigilancia penitenciaria, además del Fiscal e Instituciones Penitenciarias, el propio condenado; y, conforme prevé el art. 13 LEV, si la víctima del delito hubiera solicitado que se le notifique el Auto por el que el Juez de vigilancia penitenciaria acuerda que la clasificación en tercer grado se refiera al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, podrá interponer contra el mismo el correspondiente recurso. Lo que no podrá recurrir la víctima es la concesión del tercer grado penitenciario.

La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la

responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición (art. 72.5 LOGP) .

Dadas las exigencias legales de satisfacción de la responsabilidad civil que el art. 72.5 LOGP exige, la Instrucción nº 9/2007 dispone que “se procurará abordar esta cuestión con el interno, asesorándole sobre las actuaciones que puede llevar a cabo al respecto, con la antelación suficiente y necesaria, dentro de la planificación del régimen abierto a la que anteriormente hacíamos referencia, sin esperar, en consecuencia, al momento de su clasificación en tercer grado para abordar este tipo de cuestiones”.

## **ii. Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.**

Se trata de un requisito que únicamente tiene en cuenta la retribución por el delito cometido; como afirma MAPELLI CAFFARENA, “este requisito responde más a exigencias de prevención general y nos muestra la resistencia de la libertad condicional a abandonar los criterios temporales, que en su origen presidían la progresión dentro del sistema progresivo. Tampoco se compadece con el principio general del art. 72.3 LOGP (*“En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución del tratamiento se haga merecedor a su progresión”*), ya que los internos que lo merezcan no disfrutarán del beneficio hasta cumplir las partes de la pena”<sup>356</sup>.

La libertad condicional no está pensada tanto como tratamiento penitenciario sino como preparación para la vida en libertad. Aunque calificarla como modo de suspender la ejecución igual introduce algún matiz en esto, lo cierto es que la libertad condicional tiene algo de prevención especial suavizada: se es libre, pero no como cualquiera, sino con la amenaza de cumplir la parte pendiente de la pena. Puede verse como una gradación, no del tratamiento, sino de la prevención especial.

---

<sup>356</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, pág. 193.

Conforme dispone el art. 193 RP, para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.

2.<sup>a</sup> Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

Así, ante una pluralidad de penas, la oficina de gestión penitenciaria, de oficio, prepara el proyecto de refundición penitenciaria ordenando las penas de mayor a menor para su aprobación posterior por el juzgado de vigilancia penitenciaria. Si bien en la práctica este orden de cumplimiento no es como determina el art. 75 CP (orden de su respectiva gravedad), sino que las penas figurarán según el orden de llegada del mandamiento de prisión y testimonio de la sentencia al centro penitenciario. Realmente, resulta difícil dar otra solución, puesto que ante una nueva condena se producirá una ampliación de la refundición y de seguir el orden de gravedad habría que rehacer desde el principio el proceso administrativo de refundición con la consiguiente interrupción en el cumplimiento de la pena actual para comenzar con la pena de mayor gravedad de nueva incorporación y en definitiva la generación de nuevas liquidaciones por parte de los juzgados, aspectos éstos que no están determinados en la ley.

Como apunta VIVANCOS GIL, “esta refundición penitenciaria, a diferencia de la acumulación jurídica del art. 76 CP no tiene un contenido material, es decir no afecta al cumplimiento efectivo de cada una de sus penas poniéndole un límite, sino que se trata de un mero enlace, encadenamiento o adicción aritmética de cada una de las penas y la fijación de una fecha inicial y final de todo el conjunto punitivo, cuyo período comprenderá la duración de todas las penas refundidas y sobre dicho período de conjunto se aplicarán las fechas de repercusión penitenciaria. El resultado es que todas las penas así refundidas pasan a considerarse una sola pena a efectos penitenciarios (clasificación penitenciaria y acceso a la libertad condicional), aunque no procesales,

pues tras la refundición, para cada Juzgado continúan manteniendo su individualidad jurídica cada pena”<sup>357</sup>.

Es decir, el día siguiente de la extinción de una pena se enlaza con la fecha inicial de la sucesiva pena pendiente de cumplir, debiendo coincidir la fecha de extinción de la última condena con la fecha que conste en el proyecto de refundición remitido al Juez de vigilancia penitenciaria para su aprobación definitiva. Una vez realizada la refundición de las condenas es cuando la oficina de régimen está en condiciones de efectuar los cálculos temporales.

Al refundir y al marcar los hitos temporales de la ejecución, habrá que tener en cuenta lo que se haya acordado por el tribunal sentenciador, en la sentencia o en auto posterior, sobre periodo de seguridad o la acumulación jurídica, que condicionarán completamente los cálculos de la refundición.

El art. 78.1 CP dispone que si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el art. 76.1 CP (acumulación jurídica de penas con un máximo de cumplimiento), la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Cuando esto suceda, no habrá posibilidad de libertad condicional, por lo que el máximo de cumplimiento legal deberá ser cumplido.

El ejemplo que poníamos para la clasificación en tercer grado, nos sirve ahora para el cómputo de tiempo a cumplir para la libertad condicional: un sujeto condenado en varias sentencias a siete penas de tres años de prisión cada una (hacen un total de 21 años, siendo la mitad de la misma 10 años y 6 meses); como quiera que la pena a cumplir será de 9 años de prisión (el triplo de la mayor *ex* art. 76.1 CP) y ésta es una pena inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, que es de 10 años y 6 meses, el cómputo del plazo para la libertad condicional sólo podrá referirse a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, es decir, a 21 años:  $\frac{3}{4}$  de 21 = 15 años y 9 meses; pero como cumple a los 9 años, no hay posibilidad de libertad condicional, de modo que todo el tiempo de ejecución de su condena lo va a pasar en prisión.

---

<sup>357</sup> VIVANCOS GIL, P.A., “Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo”, *Diario La Ley*, nº 8517, 13 de abril de 2015, pág. 4.

También en estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

En el ejemplo anterior, si el juez de vigilancia penitenciaria acordara la aplicación del régimen general de cumplimiento, el cómputo del plazo para la libertad condicional se haría sobre la pena máxima de cumplimiento, es decir, 9 años de prisión:  $3/4$  de 9 = 6 años y 9 meses.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

Por ejemplo, si el máximo de cumplimiento fuera de 40 años (supuesto d) del art. 76.1 CP), la octava parte de 40 años, sería 5 años, de modo que la libertad condicional sólo podría ser concedida a partir de los 35 años de prisión ( $40-5=35$ ).

Como se ha dicho, también en estos casos, intervendrá ante el Juez de vigilancia penitenciaria, además del Fiscal e Instituciones Penitenciarias, el propio condenado; y, conforme prevé el art. 13 LEV, si la víctima del delito hubiera solicitado que se le notifique el auto por el que el Juez de vigilancia penitenciaria acuerda que el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, podrá interponer contra el mismo el correspondiente recurso.

### **iii. Que haya observado buena conducta.**

¿Qué debemos entender por buena conducta? Resulta obvio, a nuestro juicio, que no debe interpretarse como buena conducta penitenciaria, pues una sanción disciplinaria por sí sola no es motivo para negar la libertad condicional a un penado, como tampoco lo es para obtenerla no haber sido sancionado nunca. La ausencia de sanciones disciplinarias en prisión no implica necesariamente una buena conducta en el exterior, y, en sentido contrario, la comisión de una falta disciplinaria no aboca



inexorablemente al penado a delinquir cuando quede en libertad. Será necesario, pues, valorar de forma individualizada, en cada supuesto, la gravedad de las infracciones cometidas, los motivos para su comisión y el periodo en que se produjeron.

Estamos con DAUNIS RODRÍGUEZ cuando interpreta la buena conducta del condenado como “ausencia de incidencias relevantes y presencia de datos positivos que permita al Juez de vigilancia penitenciaria deducir, de forma objetiva, que se va alejando paulatinamente del delito y pretende fehacientemente su reingreso a la convivencia pacífica en sociedad”<sup>358</sup>. Como señala RÍOS MARTÍN, “no se puede exigir a la persona presa que tenga una conducta “superior” a la del ciudadano libre. Lo único relevante para que pueda concederse la libertad condicional respecto de este requisito es que no tenga partes sancionadores sin cancelar. No se puede identificar buena conducta con la total ausencia de sanciones porque si el legislador lo hubiera querido hacer así, lo hubiese dispuesto expresamente en la Ley o el Reglamento Penitenciario”. Añade, además que “si la libertad condicional tiene como base y fundamento el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a orientar la ejecución de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, bastará con que la persona haya tenido un comportamiento mínimamente correcto”<sup>359</sup>.

La reforma de 2015 ha suprimido en la letra c) el requisito del “pronóstico favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, incorporando en su lugar una serie de requisitos que deberá valorar el Juez de vigilancia penitenciaria, sobre la capacidad de reinserción del penado que son: su personalidad, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas; obviamente, son requisitos que conllevan un pronóstico de baja peligrosidad criminal del condenado.

---

<sup>358</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Ed. Comares, S.L., Granada, 2016, pág. 237.

<sup>359</sup> RÍOS MARTÍN, J.C. (Director), PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016, pág. 340.

Como dice DÍAZ MARTÍN, “Se cambia el pronóstico de reinserción favorable por un pronóstico de baja peligrosidad dando un mayor protagonismo al juez de vigilancia penitenciaria en la valoración de las circunstancias recogidas en el pronóstico en detrimento de la Junta de tratamiento antes competente para elevar el expediente de libertad condicional con un pronóstico favorable o desfavorable”<sup>360</sup>.

A juicio de DAUNIS RODRÍGUEZ, son “criterios claramente desacertados que poco o nada informan sobre la capacidad del penado para vivir pacíficamente en sociedad. Dicha modificación supone, al menos formalmente, devolver al órgano judicial la capacidad total para decidir sobre la libertad condicional, eliminando cualquier referencia directa a la intervención de la Administración en la concesión de este derecho”<sup>361</sup>.

No obstante, no vemos ninguna razón para prescindir del informe final de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario previsto en el art. 67 LOGP (“Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad”), no solo porque dicho informe es fruto de la experiencia, conocimiento y preparación de la Junta de Tratamiento y Equipos Técnicos del Centro Penitenciario, sino porque además resulta imprescindible para que el Juez de vigilancia penitenciaria valore adecuadamente alguna de las variables que el precepto dispone, como la personalidad del penado, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, o incluso los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Además hay que tener en cuenta que el Juez de vigilancia penitenciaria no conoce a los internos, por lo que seguirá recurriendo a los informes técnicos de la prisión para valorar el riesgo.

El pronóstico individualizado y favorable de reinserción social será realizado, a modo de informe, por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario en que se encuentre interno el penado, en el que se valorará la trayectoria personal, penal, penitenciaria, familiar y social de mismo, emitiendo una valoración respecto a sus posibilidades de reinserción social.

---

<sup>360</sup> DÍAZ MARTÍN, C., “Consecuencias jurídicas de la ejecución de las penas de prisión derivadas de la LO 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 2/2016, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016, pág. 14.

<sup>361</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 238.

En el mismo sentido se pronuncia la SGIIPP, que en su Instrucción n° 4/2015 dice que “el juez debe hacer una valoración positiva sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, que no es otra cosa que establecer un pronóstico de que el interno va a cometer o no nuevos delitos, es decir, el tradicional pronóstico de reincidencia o reinserción social favorable o desfavorable. Esta valoración la puede obtener el Juez de Vigilancia bien de aquellos expertos que estime convenientes, o a través de los miembros del Equipo Técnico de los Centros Penitenciarios, por consiguiente el informe de pronóstico de reincidencia contemplado en el art. 67 LOGP, debe mantenerse en la remisión del expediente administrativo tramitado, lo que por otro lado se corresponde con la función de colaboración con la ejecución jurisdiccional de la pena que incumbe a la Administración Penitenciaria, cuanto más que no consta derogación del art. 67 LOGP, con independencia de su valoración por parte de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, dado su carácter no vinculante”.

#### **iv. Haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito**

Mantiene el art. 90 CP el requisito, para obtener la libertad condicional, de haber satisfecho la responsabilidad civil, disponiendo que “no se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”.

La exigencia de este requisito resulta reiterativa, teniendo en cuenta que también para obtener el tercer grado el condenado tiene que acreditar estos mismos extremos, y a su vez, el tercer grado es requisito para la libertad condicional. A este respecto, señala MAPELLI CAFFARENA que “puede que el legislador haya estimado conveniente mantener esta reiteración de requisitos a la vista de que no se trata de una mera constatación objetiva, sino que se realizan juicios de valor (*“considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada...”*) y a la vista de que procede de órganos distintos: en el caso del tercer grado, de la Administración Penitenciaria y, en el caso de la libertad condicional, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria”<sup>362</sup>.

Aunque el precepto exige, de manera tajante, el cumplimiento de este requisito, entendemos que sí será posible acceder al beneficio de la suspensión del resto de la pena

---

<sup>362</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, págs. 194 y 195.

o libertad condicional, aun sin haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito; en este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Tarragona de 7 de octubre de 2016 que estima que la apreciación de falta del requisito relativo al pago de la responsabilidad civil “no opera automáticamente, ya que la Ley establece una serie de criterios para valorar la oportunidad de la concesión del beneficio, que permiten su viabilidad aun a pesar de la insatisfacción actual de las responsabilidades civiles. Tales criterios, de acuerdo con el artículo 72.5 LOGP son:

a) La conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

b) Las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera.

c) Las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura.

d) La estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y en su caso el daño o entorpecimiento producido al servicio público.

e) La naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Es decir, es la propia Ley la que establece modulaciones y matizaciones para evitar una rigurosa aplicación del requisito, por cuanto introduce elementos de pronóstico futuro sobre la posibilidad de pago de tal responsabilidad”<sup>363</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaba el AAP de Barcelona de 31 de mayo de 2005, añadiendo que: “el establecimiento del requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles, plantea, al igual que en el caso de la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, la problemática de que una aplicación rigurosa del precepto parece obviamente contraria al principio de igualdad (14 CE) en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (25 CE) dado que puede suponer una discriminación por causa de la capacidad económica del interno.

El eje de la cuestión debe ser ubicado, por tanto, en la propia dicción del precepto, que relaciona el no abono de tales responsabilidades, impeditiva de la

---

<sup>363</sup> AAP de Tarragona, Sec. 2ª, núm. 763/2016, de 7 de octubre, JUR\2017\34679

clasificación en libertad condicional con la posibilidad presente o futura de satisfacerlas y, en consecuencia, con la voluntad de hacerlo, de modo que pueda valorarse exista o no un pronóstico individualizado y favorable de reinserción, de acuerdo el artículo 72 LOGP”<sup>364</sup>.

En este sentido, hay que recordar el acuerdo n° 57, adoptado por los Jueces de Vigilancia Penitencia, que establece: “1. El Juez de vigilancia penitenciaria, al ponderar si concurre en el penado el requisito exigido por el apartado 5 del artículo 72 de la LOGP, en su redacción vigente, debe valorar, dentro del comportamiento postdelictual efectivamente observado por el penado, aquellos hechos o circunstancias del mismo que pongan de manifiesto una inequívoca voluntad de reparación del daño causado a la víctima, voluntad concretada en hechos objetivos que evidencien un esfuerzo del penado por satisfacer, dentro de sus posibilidades, la responsabilidad civil fijada en la sentencia (Aprobado por unanimidad en la reunión de 2004)”.

El conocimiento de esta materia por parte de la Jurisdicción especial de Vigilancia Penitenciaria, debe compatibilizarse con el respeto a las competencias que en materia de responsabilidad civil derivada del delito corresponde a los órganos sentenciadores.

A este respecto, el citado acuerdo n° 57, adoptado por los Jueces de Vigilancia Penitencia, sostiene que: “2. Si el Juzgado o Tribunal sentenciador hubiere autorizado o aprobado, conforme al artículo 125 del Código penal, un plan de pago fraccionado de la responsabilidad civil, señalando el período e importe de los plazos a satisfacer, o hubiere considerado suficientes las garantías ofrecidas por el penado para asegurar el pago de las cantidades aplazadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 136.2.1° de dicho Código, el JVP, previa comprobación de que el interno viene cumpliendo el plan de pago aplazado judicialmente aprobado, considerará que concurre en el penado el requisito del apartado 5 del artículo 72 de la LOGP, estimando suficiente el esfuerzo desplegado por el mismo, según su capacidad, para el pago de la responsabilidad civil pendiente y bastante la garantía para asegurar el pago de las cantidades aplazadas. (Aprobado por mayoría de 12 a 5 en la reunión de 2005)”.

Así lo entendió también la AP de Barcelona en el citado auto de 31 de mayo de 2005, con el siguiente argumento: “el artículo 125 del Código Penal establece que en

---

<sup>364</sup> AAP de Barcelona, Sec. 9ª, núm. 811/2005, de 31 de mayo, ARP\2005\463.

caso de insuficiencia para abonar de una vez esa responsabilidad, «El Juez o Tribunal, previa audiencia del perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos». De este modo, cuando el órgano sentenciador ya ha ponderado esas «necesidades de la víctima y las posibilidades del reo» (125 Código Penal), estableciendo en su consecuencia un plan de ejecución, la jurisdicción de vigilancia penitenciaria debe plegarse a esa primera valoración judicial, no pudiendo decidir, en contra de lo ya manifestado por otro órgano de la Jurisdicción que dicho plan vulnera el artículo 72.5 de la LOGP y que con su estricto cumplimiento no pueda darse el pronóstico de reinserción al que antes hacíamos referencia. Estaríamos ante una invasión, insistimos, en una función propia del órgano sentenciador, avalada por una interpretación sistemática con lo regulado en el artículo 136.2 del Código que permite a dicho Juez o Tribunal ponderar la suficiencia de la garantía ofrecida por el reo sobre la cantidad aplazada, y con el espíritu de los artículos 984, 985 y 986 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo tanto, un primer límite a la facultad de esta Sala es el establecimiento de un previo plan de ejecución al que se refiere el citado artículo 25 del Código.

Por otro lado, y en el mismo sentido, también será un poderoso indicio de la imposibilidad del penado de hacer frente a esa responsabilidad civil (y por tanto puede tenerse por no incumplido el requisito del 72.5 LOGP) la declaración de insolvencia (136.1 Código Penal) llevada a cabo, también, por el órgano sentenciador. Si bien (de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en Sentencia 246/2000 de 14 de diciembre y en el Auto 259/2000 de 13 de noviembre, dictados en el ámbito, análogo, *mutatis mutandis*, al tratado aquí, de la suspensión de penas privativas de libertad), la declaración de insolvencia es decisiva para valorar la imposibilidad de hacer frente por el penado a esa responsabilidad pecuniaria, pero no implica necesariamente que se decrete dicha imposibilidad y todo ello, lógicamente, por el propio concepto dinámico de la insolvencia, siempre sujeta a la nota de provisionalidad (artículo 136.1 «salvo que el reo viniere a mejor fortuna»).

Además del respeto en este punto a las citadas competencias de los órganos sentenciadores, es necesario contar con la información necesaria y referida a los extremos citados en el artículo 72.5, a los efectos de poder valorar si el impago implica un pronóstico desfavorable o favorable de reinserción y ello según los datos que al

respecto puedan proporcionar los Equipos de Observación y Tratamiento tales como disposición del interno a participar en talleres productivos o en cualesquiera otras actividades que puedan proporcionarle ingresos con que –en todo o en parte– poder afrontar las responsabilidades civiles y también según los datos que consten en la correspondiente ejecutoria del Tribunal Sentenciador encargado de la ejecución de la Sentencia.

Es cierto que los datos que obren en poder de los referidos Equipos pueden ser insuficientes o, simplemente, inexistentes a los efectos citados o que no se incluyan en la propuesta de resolución clasificatoria o en la propia resolución; pero no cabe duda de que el Sr. Magistrado Juez de vigilancia penitenciaria puede recabarlos, tanto de la propia Junta de Tratamiento como del Tribunal Sentenciador, o de ambos, según los casos, teniendo en cuenta, con arreglo a lo expuesto en el Razonamiento Jurídico Segundo de esta resolución, que es a dicho Tribunal a quien le corresponde la aceptación y aprobación de lo que podría denominarse «plan de ejecución» por pago fraccionado de las responsabilidades civiles, conforme a lo que dispone el artículo 125 del Código Penal y que es, en definitiva, la resolución de dicho Tribunal dictada la que valora las posibilidades reales presentes y futuras del penado para afrontar el resarcimiento, la restitución o la indemnización a que fue condenado.

Y es especialmente importante contar con todos estos datos previamente a la resolución, por cuanto no cabe, después de no haber efectuado indagación alguna el Tribunal sentenciador o de no haber ofrecido el centro penitenciario información relativa a los anteriores extremos citados, solventar la situación haciendo uso del expediente de imponer como regla de conducta para el acceso a la libertad condicional el pago de las responsabilidades civiles en el modo que tenga por conveniente el Juzgado de Vigilancia. Así es por cuanto carece de todo sentido imponer al liberado condicional en esta sede una obligación que ya le es exigible con anterioridad al haberse establecido en la sentencia condenatoria, y que entra en contradicción con las facultades de los órganos sentenciadores en materia de responsabilidad civil antes citadas<sup>365</sup>.

Pero además, el art. 90.4 CP, establece que el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado:

---

<sup>365</sup> AAP de Barcelona, Sec. 9ª, núm. 811/2005, de 31 de mayo, ARP\2005\463. En el mismo sentido núm. 146/2007, de 4 de mayo, JUR\2007\279944.

- hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado;

- no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o

- facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado, si se trata de alguno delitos previstos en el Título XIX del Libro II del CP.

Los tres primeros coinciden plenamente con las causas de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena previstas en el art. 86.1.d) CP, ya tratadas anteriormente y a cuyas consideraciones nos remitimos. No obstante, en este caso, al tener carácter potestativo, permite al Juez de vigilancia penitenciaria graduar o moderar como deben afectar estos elementos de índole meramente económica en la denegación de la libertad condicional.

La última de las causas de denegación, se refiere a delitos contra la Administración donde se engloban todos aquellos que se denominan coloquialmente como de “corrupción política”, fenómeno que ha generado, en los últimos tiempos, un elevado clima de preocupación en la sociedad española. Resulta plausible la posibilidad de poder denegar la libertad condicional a los autores de estos delitos, siempre y cuando la medida se individualice y no se generalice.

## **b) Libertad condicional adelantada**

Regulada en el art. 90.2 CP, que dispone: “También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.

- b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.



c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena”.

Con la reforma operada con la LO 1/2015, se suprimen, por un lado, la nota de excepcionalidad y merecimiento que se otorgaba a este supuesto en el anterior art. 91.1 CP, que implicaba una aplicación limitada o restringida del derecho; y por otro, la exigencia de informe previo del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes para valorar su concesión. Como señala DAUNIS RODRÍGUEZ, “viene a equiparar la libertad condicional adelantada con la ordinaria, reforzando su condición de derecho del penado y eliminando cualquier resquicio de naturaleza premial de la institución”<sup>366</sup>.

El anterior art. 91.1CP decía: “Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”.

El art. 205 RP mantiene el requisito premial que el Código Penal elimina, de ser “merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal”.

Conforme dispone el art. 90.8 CP, esta modalidad de libertad condicional no será aplicable a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II (“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”), o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

A continuación analizaremos los requisitos específicos de esta modalidad de libertad condicional, que son: i) haber extinguido las dos terceras partes de la condena, y ii) la realización de actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma

---

<sup>366</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 242.

continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

#### **i. Haber extinguido las dos terceras partes de la condena**

Esta restricción temporal, que supone un adelantamiento respecto al régimen ordinario de la libertad condicional, vino a compensar, como señalan MAPELLI CAFFARENA<sup>367</sup> o MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>368</sup>, la desaparición de la redención de penas por el trabajo prevista en el art. 100 del Código Penal anterior, y de los beneficios penitenciarios recogidos en el derogado art. 256 RP, para aquellos penados en los que concurran, además de los requisitos comunes de la libertad condicional ordinaria, el de haber desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, de forma continuada o con aprovechamiento.

Dispone el art. 205 RP que: “Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios, previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal”.

Para el cómputo de las dos terceras partes nos remitimos a lo dicho respecto al cómputo de las tres cuartas partes en la libertad condicional ordinaria.

#### **ii. Realización de actividades laborales, culturales u ocupacionales**

Se introduce en la nueva regulación un matiz de flexibilidad, cual es que las actividades laborales, culturales u ocupacionales durante el cumplimiento de la condena se hayan desarrollado bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa del recluso.

---

<sup>367</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...*, pág. 199.

<sup>368</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M., *Derecho Penal...*, pág. 627.

Como señala NISTAL BURÓN, “este es un criterio más flexible y adecuado que el anterior que demandaba, de forma imperativa, la continuidad en las actividades realizadas por el interno, pues bien puede ocurrir que éste no pueda mantener esa continuidad exigida para el adelantamiento de su libertad por causas que no le son imputables –traslado de Centro penitenciario, carencia de actividades, etc.”<sup>369</sup>.

Resulta desafortunado para DAUNIS RODRÍGUEZ que “el art. 90.2 CP 2015 vincule el aprovechamiento de la actividad con la “modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva”. Las actividades generales de tratamiento son fundamentales para la socialización del penado y la adquisición de ciertas habilidades laborales y formativas para desarrollar su personalidad en el exterior. No obstante, mediante la formación, el trabajo y la cultura no pueden removerse las causas de cualquier comportamiento delictivo, haciéndose necesaria, en ocasiones, una intervención más concreta, donde se despliegan otras acciones más individualizadas del tratamiento. Así, mediante tales actividades difícilmente se podrá obtener una modificación relevante de una determinada patología o toxicomanía del penado (v.gr., habituación a las drogas o una parafilia sexual, entre otras). En consecuencia, hubiese sido suficiente exigir la verificación de que tales actividades se desarrollen con “aprovechamiento, esfuerzo o interés por parte del penado”, sin profundizar en las transformaciones que hayan podido producir en su comportamiento”<sup>370</sup>.

No podemos estar de acuerdo con esta última afirmación del autor, pues en el ámbito penitenciario no solo existen actividades laborales, culturales u ocupacionales para la socialización del penado y la adquisición de ciertas habilidades laborales y formativas para desarrollar su personalidad en el exterior; sino que cuentan con otros programas específicos de tratamiento para dar respuesta individualizada a situaciones muy concretas, como son los programas para agresores sexuales, de violencia de género, o para drogadictos, entre otros, que requieren de técnicas especiales y de profesionales cualificados. Los centros penitenciarios adaptan su catálogo de actividades a las necesidades específicas de los internos, potenciando unas u otras áreas de actividad mediante las propias disponibilidades presupuestarias del centro y/o a

---

<sup>369</sup> NISTAL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 5.

<sup>370</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 244.

través de la firma de acuerdos o convenios de colaboración con organismos e instituciones extrapenitenciarias.

La Instrucción 12/2006 de la SGIIPP, sobre Programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento, establece como criterio de la intervención penitenciaria, tanto el desarrollo de actividades y programas globales que contemplen todas las áreas de intervención, como el desarrollo de programas específicos de tratamiento que permitan dar respuesta a situaciones muy concretas, como son los programas de violencia de género, de discapacitados, agresores sexuales, de intervención con internos extranjeros, etc., que requieren de técnicas especiales y de profesionales cualificados. Esta instrucción establece el procedimiento de valoración de las actividades de los internos, en torno a tres variables: “a) **Asistencia**, indica si el interno participa o no en la actividad; b) **Rendimiento**, indica si el interno participa activamente, realizando las tareas encomendadas y consiguiendo los objetivos propuestos; y c) **Esfuerzo**, indica si el interno muestra interés, realizando las tareas encomendadas, de acuerdo a sus capacidades y a la complejidad de la tarea”. Las puntuaciones utilizadas para la valoración de las citadas variables, se encuentran en el intervalo de 0 a 4. Sin duda, esta fórmula resulta acertada para evaluar el aprovechamiento de las actividades por parte del penado, al otorgarle mayor importancia a criterios subjetivos como el rendimiento y el esfuerzo del penado.

No hay que olvidar que para acceder a esta modalidad de libertad condicional adelantada, los internos deberán cumplir el requisito de estar clasificados en tercer grado y haber observado buena conducta, en los términos expresados anteriormente.

### **c) Libertad condicional cualificada**

Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 90.2 CP, “A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite,

además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

Así pues, “cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) **del apartado anterior**” (es decir, art. 90.1CP: estar clasificado en tercer grado y haber observado buena conducta), y extinguida la mitad de la condena, el Juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar “la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto **en el apartado anterior**” (es decir, art. 90.1 CP: tres cuartas partes de la condena), hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que “haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) **de este apartado**” (es decir, art. 90.2 CP: actividades laborales, culturales u ocupacionales), y que acredite, además, su participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. En esta ocasión la propuesta de concesión de la libertad condicional se realizará por Instituciones Penitenciarias, y se requerirá informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes.

Lo primero que ha de señalarse es que en esta modalidad de libertad condicional cualificada, sí resultará exigible, a diferencia de la anterior, que las actividades laborales, culturales u ocupacionales hayan sido desarrolladas previamente por el penado de manera continuada; además, habrá de acreditar la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. Como señala MAPELLI CAFFARENA, “ambos son programas con contenidos y fines muy concretos y muy diferentes que, presumiblemente, no hay que hacer nada más que en una ocasión. En consecuencia, cumple con este requisito el penado que acredite que los ha hecho en cualquier momento durante el cumplimiento de la pena. El requisito de participar en uno de estos programas puede ocasionar agravios comparativos injustificables cuando los mismos no existen en el centro o cuando no son necesarios por tratarse de un delito sin víctimas o ajeno a las drogas”<sup>371</sup>.

En cuanto a la fórmula aritmética de adelantar la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, hemos de hacer algunas observaciones:

---

<sup>371</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas..., pág. 200.

En primer lugar, queda fuera de toda duda, a nuestro juicio, que los 90 días por año cumplido es el límite máximo de reducción, por lo que el Juez de vigilancia penitenciaria podrá optar por restar una cantidad inferior, en atención a la participación del penado en las actividades o programas exigidos en el precepto.

En segundo lugar, pensamos que solo cuando el penado cumpla años completos de privación de libertad, se podrá adelantar hasta los 90 días el momento de la libertad condicional, pues el tenor literal del precepto así lo dispone expresamente: “por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena”, debiendo comenzar el cómputo desde el inicio del cumplimiento de la pena, incluido el periodo de prisión provisional, si lo hubo.

Y finalmente, y por el mismo motivo, cuando se dice que se podrá adelantar la concesión de la libertad condicional “en relación con el plazo previsto **en el apartado anterior**, hasta un máximo de noventa días...”, debemos entender que lo es en relación con el plazo previsto en el art. 90.1 CP, es decir, tres cuartas partes de la condena, y no con las dos terceras partes, que preveía el antiguo artículo 91.2 CP; puesto que si consideramos que la referencia al “apartado anterior” que hace la expresión “cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior” lo es a las letras del art. 90.1 CP (es decir, que se encuentre en tercer grado y que haya observado buena conducta), de la misma manera tendremos que entender que la expresión “en relación con el plazo previsto en el apartado anterior” lo es al plazo del art. 90.1 CP (es decir, tres cuartas partes de la condena), y no al plazo de dos terceras partes previsto en el art. 90.2 CP, porque cuando el legislador ha querido referirse al apartado 2 de este artículo, así lo ha hecho: “esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado...”.

No lo entiende así la SGIIPP, al señalar en su Instrucción 4/2015 que: “en este apartado segundo del nuevo artículo 90 del CP, se reproduce el régimen vigente sobre el adelantamiento cualificado de la fecha de la libertad condicional sobre el plazo de las 2/3 partes de la condena, a propuesta de Instituciones penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, una vez extinguida la mitad de la condena, hasta un máximo de 90 días transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena”.

El antiguo art. 91 CP regulaba la libertad condicional adelantada en el punto 1, y la cualificada en el punto 2, de manera que la referencia que se hacía, en esta última, al

“plazo previsto en el apartado anterior”, lo era, sin lugar a dudas, a las dos terceras partes de la condena.

Antiguo art. 91 CP: “1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) **del apartado 1 del artículo anterior**, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el **apartado anterior**, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Obviamente, el plazo de las dos terceras partes de la condena, en lugar de las tres cuartas partes, beneficia al penado y por ello será difícil que se planteen recursos en ese sentido; podría pensarse que ha sido un olvido del legislador al modificar la ubicación de la libertad condicional, pero mientras no se subsane, entendemos que el adelanto de los 90 días por año cumplido debería aplicarse en relación a las tres cuartas partes.

Así se interpretó por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 15 de noviembre de 2010, dictada en el ámbito, análogo, *mutatis mutandis*, al tratado aquí, diciendo: “al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que

excede de su más directo significado gramatical”<sup>372</sup>. En el mismo sentido, *mutatis mutandis*, se expresó la STC, Sala 2ª, núm. 57/2008, de 28 de abril, RTC\2008\57.

Como en la libertad condicional adelantada, este apartado no será aplicable a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II (“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”), o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

#### **d) Libertad condicional para delincuentes primarios**

Una de las principales novedades de la LO 1/2015 es la incorporación en el art. 90.3 CP de una nueva modalidad de libertad condicional, que como dice su Preámbulo, “será aplicable a los penados primarios, es decir, a aquéllos que cumplen su primera condena en prisión, que hayan sido condenados a una pena corta de prisión. En estos casos, se adelanta la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena. Esta modificación refleja el sentido general de la reforma en el sistema de penas: se introducen mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes; y, de un modo coherente, se ofrecen nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción”.

El art. 90.3 CP ha quedado redactado así: “Excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.

b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales”.

---

<sup>372</sup> STC, Sala 2ª, núm. 97/2010, de 15 de noviembre, RTC\2010\97.



Vemos, pues, que en este modelo de libertad condicional también se exige que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, que haya observado buena conducta, que haya extinguido la mitad de su condena, y que, durante el cumplimiento de su pena, haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

Como requisito específico para acceder a esta libertad condicional excepcional, se requiere que el condenado “se encuentre cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración”, es decir, será aplicable a los penados que cumplan su primera condena de prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena corta –que no supere los tres años de duración-. En estos casos se adelantaría la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena, si cumplen el resto de los requisitos exigidos en dicho precepto.

Sin perjuicio de la consideración penal de primario como aquel interno del que no constan antecedentes penales, o que los tiene ya cancelados, parece oportuno considerar esta primeriedad como penitenciaria, es decir, primer ingreso en prisión para cumplir una pena de prisión.

Son de la misma opinión, GARCÍA SAN MARTÍN, que estima que “ha de entenderse referida y circunscrita a la ausencia de cumplimientos efectivos anteriores de penas de prisión, sin que sirva a excluir la concurrencia del mentado presupuesto la existencia por sí sola de antecedentes penales no cancelados ni siquiera devenidos por la imposición de penas de prisión cuya ejecución resultó suspendida”<sup>373</sup>. RÍOS MARTÍN, para quien la exigencia de que se encuentre cumpliendo la primera condena de prisión “es compatible con la existencia de varias penas de prisión previas que integren la primera condena y con la existencia de antecedentes penales cuya pena se hubiese suspendido –art. 80 CP-, indultado, o cuyos antecedentes hubiesen sido cancelados. Se trata de primariedad penitenciaria”<sup>374</sup>. Y DE PAÚL VELASCO, para quien “la dicción legal (tomada, como no, del Código alemán: § 57 (2) StGB) no deja duda de que la aplicación del beneficio no exige la primariedad delictiva, sino una primariedad

---

<sup>373</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas...*, pág. 143.

<sup>374</sup> RÍOS MARTÍN, J.C. (Director), *Manual sobre las consecuencias jurídicas...*, pág. 337.

estrictamente penitenciaria. Incluso anteriores condenas de prisión, si no han dado lugar a su cumplimiento efectivo permiten este adelantamiento”<sup>375</sup>.

No debe tratarse, pues, de la primera condena o del primer delito, sino de la primera condena que se cumple en prisión. De esta forma, podrán acogerse a esta modalidad quienes, por ejemplo, han estado en situación de prisión preventiva por unos hechos cuya condena posterior ha sido suspendida por cualquiera de las causas del art. 80 CP. Pensemos en un caso: una persona ingresa en prisión preventiva por un delito de tráfico de drogas y está un año en esa situación; se le condena como autor de un delito contra la salud pública a la pena de cuatro años de prisión, concediéndole la suspensión de la ejecución de la condena a cambio de someterse a un tratamiento de deshabitación. Si años más tarde esta persona se encuentra cumpliendo una pena de dos años y seis meses por un delito de robo con violencia, podrá acogerse, si concurren el resto de requisitos, a esta modalidad de libertad condicional ya que la del robo será la primera condena que cumpla en prisión.

Para DAUNIS RODRÍGUEZ, “esta libertad condicional excepcional queda reservada a los condenados a prisión entre dos y tres años: los sentenciados a penas superiores quedan excluidos legalmente y los penados a menos de dos años, al ser delincuentes primarios, podrán solicitar la suspensión de la condena prevista en el art. 80.1 CP. Nos cuestionamos cuáles son los motivos que impulsan al legislador al imponer este límite temporal tan exiguo y reducido. Porque dicho plazo no se corresponde con otros límites temporales que pudieran dar sentido a esta opción legislativa, como, a modo de ejemplo, la clasificación de las penas del art. 33 CP, que denomina penas menos graves las inferiores a cinco años de privación de libertad”<sup>376</sup>.

No pensamos que esta afirmación sea acertada, puesto que, como se ha dicho en el capítulo dedicado a la suspensión, no existe obligación de suspender las penas no superiores a dos años, pues su concesión no depende exclusivamente de la primariedad delictiva del penado.

Esta modalidad de libertad condicional excepcional, está prevista para penados que no hayan podido acceder a ninguna de las modalidades de suspensión de la ejecución de la pena existentes, por superar el límite penológico exigido o por otro motivo, pero que presentan un pronóstico favorable de reinserción. En estos casos, una

---

<sup>375</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 30.

<sup>376</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 245.

vez extinguida en prisión la mitad de su condena, y cumplido el requisito previsto de participar en actividades laborales, culturales u ocupacionales, podrán acceder a la suspensión de la ejecución de la otra mitad, por un plazo mínimo de 2 años y máximo de 5 años.

Esta previsión bien intencionada no nos parece beneficiosa para el reo, pues siempre va a resultarle más onerosa que el tercer grado, al que podría acceder mucho antes de haber cumplido la mitad de la condena, y más cuando este tipo de libertad condicional está prevista para delincuentes que presenten un pronóstico favorable de reinserción.

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 90.3 CP *in fine*), o cuando se trate de personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II (“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”), o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.8 CP *in fine*). Esta exclusión opera, como apunta FERNÁNDEZ BERMEJO, “con independencia de la gravedad del delito cometido y de las circunstancias personales del reo, siendo relevante exclusivamente la naturaleza del delito cometido”<sup>377</sup>. Para RÍOS MARTÍN, “Con estas trabas se impide que el Juez pueda llevar a sus últimas consecuencias la individualización de la pena en función de las circunstancias personales que afecten a cada condenado. Estas disposiciones ponen de manifiesto un claro ejemplo de desconfianza del legislador hacia los intérpretes supremos de la ley. Aunque el juez entienda que esa persona reúne todos los requisitos que exige ese artículo no podrá otorgar la libertad condicional, si fue condenado por un delito de los indicados anteriormente”<sup>378</sup>. DAUNIS RODRÍGUEZ, refiere que “se excluyen de esta modalidad de libertad condicional a los delincuentes sexuales, ahondando en la construcción de un nuevo enemigo del Estado y desconfiando, una vez más, del sistema de individualización científica”<sup>379</sup>. Y DE PAÚL VELASCO, considera que “están excluidos *ex lege* los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad

---

<sup>377</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, D., “La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del código Penal”, *La Ley Penal*, n.º 115, 1 de julio de 2015, pág. 16

<sup>378</sup> RÍOS MARTÍN, J.C. (Director), *Manual sobre las consecuencias jurídicas...*, pág. 337.

<sup>379</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 246.

sexuales, en una muestra más del abandono del sistema de individualización científica en aras del populismo punitivo”<sup>380</sup>.

La exclusión del régimen de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional a un sujeto por el mero hecho de haber cometido una determinada tipología delictiva no nos parece acertada, porque no es razonable que el legislador les considere como norma general delincuentes peligrosos, y más cuando, para conceder la libertad condicional, ya se tiene en cuenta el riesgo de comisión de futuros delitos. Los autores de tan graves delitos estarán, por definición, fuera de este tipo de libertad condicional debido a la extensión de sus penas, que no son en general precisamente livianas. Pensamos que la restricción se debe, exclusivamente, al rechazo social que este tipo de delitos genera.

#### **e) Libertad condicional de los terroristas y delincuencia organizada**

El apartado 8 del art. 90 CP, previene que “en el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del

---

<sup>380</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 30.

Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales”.

Así pues, los condenados por delitos de terrorismo y por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales<sup>381</sup>, podrán acceder, exclusivamente, a la libertad condicional ordinaria o básica, siempre que cumplan los requisitos generales exigidos por la misma, y, además, los dos requisitos específicos previstos en el precepto, que nada tienen que ver con los fines propios de la pena, como son: mostrar signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, y colaborar activamente con las autoridades.

Como se ha dicho anteriormente, la clasificación de estos penados en tercer grado de tratamiento penitenciario, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, no podrá efectuarse hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la misma (art. 36.2 CP).

Además hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 78 CP, si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 CP (acumulación jurídica), la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias; pero que si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

Asimismo, conforme dispone el art. 72.6 LOGP, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá” los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con

---

<sup>381</sup> El art. 570 bis CP define organización criminal como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior”; y que además “muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

#### **i. Mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista**

Este requisito podrá acreditarse de dos maneras: a) mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, y b) por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean.

Como se ha dicho, estos requisitos nada tienen que ver con los fines propios de la pena, sino que, en palabras de DAUNIS RODRÍGUEZ, se sitúan en una órbita “más próxima a otros intereses, de orden moral o de ideologización de ciertos valores políticos. No puede olvidarse que la resocialización no implica la asunción de valores ideológicos sino únicamente acreditar que el individuo respeta los bienes jurídicos más importantes para la convivencia pacífica en sociedad. No obstante, debe advertirse que tales fórmulas legislativas para probar la desvinculación no son únicas y excluyentes, sino que es posible acreditar el abandono de los fines y medios terroristas a través de otras herramientas. En este sentido, entendemos más adecuado verificar dicha desvinculación a través de otro tipo de indicios o pruebas más acordes con la difícil y compleja situación del penado, como la ausencia de contacto con los miembros de la

organización y la no realización de actividades que puedan significar un apoyo de cualquier tipo a la misma”<sup>382</sup>.

Así se refleja en el Auto de 7 de agosto de 2015 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, cuando dice: “El día 24-11-07 presenta instancia en la que comunica formalmente que ya no forma parte del colectivo de presos políticos vascos, del cual se “ha desvinculado formal y definitivamente en fechas recientes”. En informes elaborados por los funcionarios durante su estancia en el departamento de régimen cerrado se señala: En alguna ocasión a raíz de algún atentado terrorista, se ha dirigido a los funcionarios manifestando su pesar y disculpándose.

Su desvinculación de la banda terrorista ETA es total y manifiesta, no acatando ninguna de las directrices, e incluso criticándolas cuando tiene ocasión.

[...] Debe reiterarse que ha manifestado de forma expresa su rechazo a la violencia y el abandono de la organización terrorista a la que perteneció. Ha pedido expresamente, de forma pública y privada perdón a las víctimas directas e indirectas de su actividad delictiva. Está abonando de forma fraccionada y a través de pagos periódicos cantidades dinerarias para hacer frente a la responsabilidad civil impuesta. Muestra su voluntad de colaborar con la Justicia, seguir colaborando, según expresa en el escrito que suscribe al respecto. Estas circunstancias, teniendo en cuenta los hechos delictivos por los que aparece condenado, llena el contenido de las exigencias establecidas en el art. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382)”<sup>383</sup>.

## **ii. Colaborar activamente con las autoridades**

La colaboración del penado con las autoridades podrá consistir en: a) impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista; b) atenuar los efectos de su delito; c) facilitar la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas; d) facilitar la obtención de pruebas o impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

---

<sup>382</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 250.

<sup>383</sup> Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 7 de agosto de 2015, ARP\2015\731.

Este requisito tampoco tiene nada que ver con los fines propios de la pena, pues la capacidad de reinserción social del penado puede perfectamente alcanzarse sin necesidad de delatar a la organización criminal a la que pertenecía; además será muy probable que el penado no pueda dar información veraz sobre la organización, precisamente porque, tras un considerable tiempo de permanencia en prisión, no disponga ya de ella; o porque tenga miedo a facilitarla. La colaboración activa con las autoridades debería exigirse exclusivamente a aquellos penados que pudiendo facilitar información relevante sobre las actividades de la organización criminal se negaren a ello.

#### **f) Libertad condicional humanitaria**

Prevista en el art. 91 CP, dispone que: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que



requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.

En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.

4. Son aplicables al supuesto regulado en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior”.

El art. 196 RP, por su parte, dispone que: “1. Se elevará al Juez de Vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas.

2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico”.

El fundamento de esta modalidad de libertad condicional no radica en preparar al interno para la futura vida en libertad, sino en la necesidad de procurar que el interno, por los males que padece y su deplorable estado de salud, pase fuera del establecimiento penitenciario sus últimos momentos con dignidad y próximo a sus familiares. Pese a ello, también está condicionado a su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad. De este modo, como señala el Auto de la Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2012, “la ley incorpora a nuestro sistema penitenciario el principio de humanidad de las penas, que encuentra su justificación en la prohibición constitucional de aplicar penas inhumanas o degradantes y en el valor de la dignidad humana, que es el fundamento del orden político y de la paz social (art. 15 y 10.1 CE). El principio de respeto a la dignidad humana surge de la consideración de la persona, de toda persona al margen de sus actos, como un fin en sí mismo: el individuo no puede ser utilizado como un medio,

no puede ser reducido a objeto, ha de ser protegido jurídicamente frente a todo intento de cosificación. De ahí que se considere que ciertas penas son intolerables, porque degradan a la persona al infligirle un grave dolor y sufrimiento físico y psíquico, y se hable de indignidad”<sup>384</sup>.

Para DAUNIS RODRÍGUEZ, el fundamento “parece ser triple: en primer lugar, se apunta a razones materiales, atendiendo a la escasa o mínima capacidad criminal que presenta el condenado con una edad especialmente avanzada o una enfermedad grave; en segundo lugar, priman los motivos humanitarios, concretamente, impedir que el interno fallezca en prisión sin poder disfrutar de una muerte digna reunido con sus familiares y allegados; finalmente, se pretende evitar que la enfermedad se agrave precisamente por la estancia en prisión, acortando, aún más, el período que le resta de vida al interno”<sup>385</sup>.

En cuanto a la consideración de enfermos muy graves con padecimientos incurables, nos remitimos, en orden a su concreta identificación, a lo dicho en el capítulo relativo a la suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad grave o incurable prevista en el art. 80.4 CP.

El art. 91 CP establece dos situaciones absolutamente diferenciadas, en cuanto a la concesión de la libertad condicional derivada de enfermedad:

1. El apartado 1 recoge textualmente en su párrafo segundo: “...cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables”.

2. El apartado 3 recoge textualmente: “Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuere patente...”.

Del mismo modo se pronuncia el mencionado Auto de la Audiencia Nacional: “La libertad condicional se debe anticipar por razones humanitarias en el caso de personas de avanzada edad y de enfermos muy graves con padecimientos incurables, según establece el art. 92 CP –actual art. 91 CP–. Para ello la ley prevé dos métodos, según exista o no un peligro patente para la vida, pues en este caso se suprimen la mayoría de los requisitos al primar el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Para los supuestos de padecimientos muy graves e incurables el art. 92.1 y 2 CP –actual art. 91.1 y 2– exime del requisito de haber extinguido un tiempo de

---

<sup>384</sup> AAN, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, núm. 359/2012, de 19 de septiembre, ARP\2012\967.

<sup>385</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 247.

cumplimiento mínimo (tres cuartas o dos terceras partes de la pena, según los casos), pero demanda la concurrencia de varias circunstancias, las mismas que para la progresión a tercer grado: la clasificación en esta fase, un pronóstico favorable de reinserción que deberá atender a la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad, el abono de la responsabilidad civil y, para los delitos de terrorismo y crimen organizado, el abandono de los fines y medios de la actividad terrorista, la colaboración activa con las autoridades para impedir delitos de la organización terrorista o atenuar las consecuencias de sus delitos, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa del condenado de repudio de sus delitos y abandono de la violencia, así como la petición de perdón a las víctimas.

En el supuesto de constatarse un peligro patente para la vida ya no se necesita reunir dichas circunstancias, basta el informe pronóstico final (art. 92.3 CP –actual art. 91.3 CP–; anticipamos que no se discute el pronóstico final en el caso, el Fiscal admite la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del condenado, en los términos que se pronunciaba la Administración penitenciaria)”<sup>386</sup>.

Es decir, que el legislador ha creado dos posibilidades diferentes, tratándolas separadamente no solo en su texto, sino también en las distintas condiciones que exige para su obtención, ya que no es legalmente lo mismo padecer una enfermedad grave con padecimientos incurables que encontrarse en situación de peligro patente para la vida.

Por eso, atendiendo a la naturaleza de esta distinción jurídica, se exige, con carácter general, la necesidad de contar con los informes del Médico Forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, informes que serán preceptivos y que el juez habrá de valorar de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

No existe en el Código Penal un lindero o separación establecido, salvo los conceptuales ya citados; sin embargo, la SGIIPP, emitió en el año 2000 la Circular nº 1/2000, de 11 de enero, sobre “Criterios para emisión de informe médico para estudio de posible aplicación de los artículos 104.4 y 196.2 del Reglamento Penitenciario”, relativos al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, respectivamente.

Esta Circular, para considerar las enfermedades, no derivadas de VIH ni mentales, como muy graves, recoge los parámetros siguientes:

---

<sup>386</sup> AAN, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, núm. 359/2012, de 19 de septiembre, ARP\2012\967. El texto subrayado es nuestro.

1.-Riesgo de muerte estimado superior al 10% en plazo de un año a pesar del tratamiento;

2.-Riesgo de muerte estimado superior al 50% en plazo de 5 años a pesar del tratamiento;

3.-Índice de Karmofsky (calidad de vida) menor o igual al 50%

A ello hay que añadir como requisito, conforme al contenido de la STC 48/96 (RTC 1996, 48), valorar "...el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, supone la permanencia en el recinto carcelario".

Estos son los únicos parámetros que nos encontramos y con los que legalmente podremos contar.

#### **i. Enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 91.1 y 2 CP)**

Si examinamos las condiciones exigidas para su concesión en cada caso, advertimos que en los supuestos del art. 91.1 CP, el recluso deberá estar clasificado en tercer grado, haber observado buena conducta, haber satisfecho la responsabilidad civil, y, en caso de personas condenados por delitos de terrorismo o delincuencia organizada, por imperativo del art. 90.8 CP, mostrar “signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista.....”, lo que podrá acreditarse mediante una declaración de repudio de sus actividades delictivas y abandono de la violencia, y petición expresa de perdón para las víctimas de su delito, así como....”, y se incluyen otras condiciones.

Respecto a la clasificación del penado en tercer grado, cuando el interno no estuviera ya clasificado en el mismo, el art. 36.3 CP dispone que: “En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad”; y el art. 104.4 RP, que: “Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad

para delinquir y a su escasa peligrosidad”, por lo que, en estos casos, la motivación para la progresión al tercer grado no responde a la evolución penitenciaria del condenado, sino a razones puramente humanitarias.

Así lo expresa el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Málaga, en su Auto de 3 de agosto de 2015: “para el caso en que el penado sufra una enfermedad muy grave e incurable, el art 104.4 del Reglamento Penitenciario establece como caso especial para acceder al tercer grado... [...] Partiendo por tanto del precepto anterior, y desde un punto de vista meramente normativo, se puede sintetizar a efectos del análisis de dicho precepto diciendo que de conformidad con el art. 104.4 del Reglamento Penitenciario se podrá clasificar en tercer grado a un interno siempre que: a) El penado padezca una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables (según informe médico); b) El criterio para dicha clasificación se base en razones humanitarias y de dignidad personal y c) Se atienda en todo caso a la dificultad para delinquir y a la escasa peligrosidad del penado.

Del mismo modo y si concurren los requisitos anteriormente expuestos [...], podrá concederse dicha progresión en grado “con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación”, es decir, sin que deban ser tenidos en cuenta los criterios que esencialmente se contienen en el artículo 63 de la Ley General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, que establece: “Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

[...] Tercer grado que no olvidemos, no se trata de suspensión, indulto o cualesquiera otra institución que suponga no cumplimiento de la condena, sino que la misma se cumpla en el grado adecuado a las circunstancias del interno, que no es ni más ni menos, que la aplicación a los casos concretos del principio de individualización científica en el cumplimiento de las penas. Forma de cumplir, por lo demás, que exige un escrupuloso respeto a las normas de cumplimiento en su más amplio sentido ya que

siempre va acompañada de una posible regresión si el incumplimiento de dichas normas o circunstancias sobrevenidas así lo determinaran”<sup>387</sup>.

Como argumenta el mismo Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en su Auto de 8 de abril de 2016, “dicha progresión a un régimen de semilibertad en un centro abierto ha de considerarse como el paso prudencial previo en este caso a una posible libertad condicional si efectivamente existieran razones para ello una vez observada la posible evolución del interno en dicho régimen de vida. [...] Se trata en definitiva de que el tercer grado otorgado por este Juzgado y por la Audiencia Provincial pueda llegar a permitir, si así se acordara y atendiendo a las circunstancias particulares del caso, una modalidad de vida prácticamente equiparable a la que pudiera obtenerse con la libertad condicional. Aunque, al contrario que en el caso de otorgarse la libertad condicional automáticamente, permite continuar valorando prudencialmente la evolución tanto de salud como tratamental del interno en dicho grado, recordemos que esto es precisamente lo que viene a resolver la Audiencia Provincial, una vez determinada la modalidad de vida que pudiera concederse. Así mismo permitiría valorar posibles decisiones futuras en materia de clasificación penitenciaria, bien sea en el sentido de que a que pudiera haber lugar a conceder la libertad condicional, bien sea a que pudiera existir una posible regresión en grado si las circunstancias y evolución médica así lo determinaran de haber una mejoría que así lo permitiera una vez concedido el tercer grado y dada la indeterminación del pronóstico de vida reflejado en el informe del Médico Forense y que, en el caso del Servicio Médico del Centro Penitenciario se establece actualmente de 5 a 10 años. En este sentido recordar el acuerdo adoptado por unanimidad en el año 2005 en la reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, acuerdo N° 43, que establecía literalmente que "La mejoría en el estado de salud de los internos clasificados en tercer grado, por la vía del art. 104.4 del Reglamento Penitenciario, permite su regresión a 2º grado". Acuerdo, que por otra parte, viene a dar entidad propia y plena a dicho precepto”<sup>388</sup>.

Hay que destacar, además, como lo hace SÁEZ MALCEÑIDO, “que nuestro Derecho Penitenciario ofrece remedios para salvar situaciones particularmente

---

<sup>387</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía, con sede en Málaga, núm. 3842/2015, de 3 de agosto, JUR\2015\195476.

<sup>388</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía, con sede en Málaga, núm. 1529/2016, de 8 de abril, ARP\2016\217.

complejas, pudiendo acudir al régimen del art. 100.2 RP<sup>389</sup>, que según la Instrucción nº 3/2006 de Instituciones Penitenciarias está indicado para casos de internos que requieran de tratamientos médicos especialmente gravosos por su contenido o frecuencia de aplicación, o al tercer grado telemático, dado que la Instrucción nº 13/2006 de Instituciones Penitenciarias contempla el caso de las convalecencias médicas cuando la permanencia en el centro no permita con las mismas garantías la recuperación del interno, caso este que no obstante se califica como de transitorio por cuanto su duración vendrá determinada en función del informe médico que debe aportarse sobre *pronóstico inicial de la convalecencia y los plazos para su revisión*, se dice<sup>390</sup>.

Es claro, pues, que la progresión al tercer grado penitenciario en virtud del art. 104.4 RP no lleva de manera inherente e inmediata la posible concesión de la libertad condicional, pues “pretender defender que todos los casos en los que existe una progresión de grado fundamentada en el artículo 104.4 deben de ser resueltos de manera automática, y sin que se tenga en cuenta la particularidad, antecedentes e individualidad de cada uno de ellos, [...] sencillamente pudiera suponer dejar de lado una de las más elementales normas de derecho penitenciario que no es otra que la indiscutible necesidad de resolver individualmente y atendiendo al caso concreto teniendo en cuenta las particularidades del caso y circunstancias concurrentes en cada uno de los casos planteados. Entender, como parece deducirse tanto del informe de la Junta de Tratamiento como del escrito del Ministerio Fiscal, que necesariamente toda progresión por enfermedad grave incurable a tercer grado en la aplicación del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario es un mero trámite que por sí mismo no tienen entidad alguna supone dejar en sí mismo sin efecto el principio de legalidad al recogerse en el art. 101.2 del Reglamento Penitenciario “El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades” y en el art. 72.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que “Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto”. A mayor abundamiento supone dejar dicho precepto, art. 104.4 RP, sin contenido y vacío en relación, a su vez,

---

<sup>389</sup> El art. 100.2 RP dispone que: “No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

<sup>390</sup> SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Reformas sustantivas y procesales...”, pág. 11.

con el artículo 91.1 y el 91.2 del vigente Código Penal que establece en los casos que el mismo se regula, por razones de edad o de enfermedad, que los penados "podrán" obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional..."

[...] Es por lo expuesto que no necesariamente ha de llegarse en todos los casos a una aplicación automática de la libertad condicional una vez obtenido el beneficio de la progresión en grado prevista en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario y en consecuencia debe de estarse al caso concreto objeto de resolución. A mayor abundamiento el artículo 91.1 del código penal recoge expresamente que es una facultad la concesión o no del beneficio de la libertad condicional al utilizar la forma verbal "podrán obtener", otra interpretación sencillamente dejaría sin efecto la posible valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso que el tribunal debe de realizar y la redacción de dicho precepto, en tal caso, debiera haber sido otra"<sup>391</sup>.

Respecto a los supuestos de libertad condicional a septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho; por ejemplo, recurrir al médico forense para que, mediante parámetros antropológicos, calcule la edad, al menos dentro de unos máximos y mínimos, del interno. Como señala la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 11 de agosto de 2015, "La inclusión de la edad como factor a valorar se explica por razones humanitarias y de prevención especial. Las primeras en la medida en que cabe asociar a la edad una salud más frágil, concretada o no en enfermedades y una mayor incidencia negativa de tener que desenvolverse en un medio hostil, como sin duda lo es la prisión; y las segundas por cuanto la edad avanzada y, la reflexión vital y limitación que conlleva, tiende a minimizar los riesgos de reiteración delictiva. Ciertamente, la edad juega distinto papel en función de la naturaleza de los delitos cometidos y de la antigüedad de los mismos. Si estamos ante un delincuente de naturaleza violenta, o acciones que requieren de actividad física, la edad puede erigirse como elemento atemperador del impulso delictivo. De la misma forma que el transcurso del tiempo favorece una reflexión vital que tiende a manifestar en un menor riesgo de reiteración. Ahora bien, el factor edad debe siempre ponerse en relación a cada caso y analizarse, tal y como parece deducirse de la regulación de la libertad condicional, a la

---

<sup>391</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía, con sede en Málaga, núm. 1529/2016, de 8 de abril, ARP\2016\217.



que se refiere el Auto del Juez de vigilancia penitenciaria, a un pronóstico favorable de reinserción social. Ello supone, en el caso del Sr. Millán que, efectivamente puede ponderarse, especialmente por razones humanitarias, el factor de la edad como favorable a la utilización de mecanismos de cumplimiento de la pena menos intensos, como lo sería el tercer grado, pero siempre anudados a los factores de buen pronóstico de reinserción”<sup>392</sup>.

## **ii. Enfermos con peligro patente para su vida (art. 91.3 CP)**

En el supuesto del número 3 del referido art. 91 CP, tales trámites condicionales no son precisos, al disponer el precepto “...sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito...”, salvo la falta de peligrosidad relevante del penado. “En caso de peligro patente para la vida del penado, la ley prescinde de la consideración sobre el delito, hace abstracción de tales datos, dado el carácter absoluto del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Prevalece el respeto a la dignidad de la persona humana en la última fase de la vida” (AAN nº 359/2012,19-09).

Además, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para valorar sobre la evolución de su enfermedad, pudiendo ser causa de revocación, el incumplimiento de esta obligación.

Del tenor literal de este artículo se deduce que el deber de colaboración con los médicos será previo al dictado del auto en el que se reconozca el beneficio, y deberá persistir durante todo el tiempo que reste de libertad condicional. Como señala SÁEZ MALCEÑIDO, “esta idea aparece refrendada de forma clara en el ya analizado nuevo párr. 5º del art. 90, que se refiere a la libertad condicional ordinaria pero al que los supuestos especiales del art. 91 quedan vinculados según el art. 91.4, que presagia la posibilidad de que el beneficio sea resuelto si se produce un cambio de las circunstancias que hubiera dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. Puede concluirse que una mejoría importante en el estado de físico del interno verificada por

---

<sup>392</sup> AAP de Barcelona, Sec. 21, núm. 1257/2015, de 11 de agosto, JUR\2015\261818.

los peritos médicos, al punto que le permita un autogobierno reflejado en un alto índice Karnofsky, podrá determinar la pérdida de la libertad así ganada”<sup>393</sup>.

Son aplicables al supuesto regulado en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 90 CP, es decir, causas de denegación de la libertad condicional; imposición de prohibiciones, deberes o prestaciones; revocación de la libertad condicional; plazo de suspensión y consecuencias de la revocación, en los términos que estudiaremos en epígrafes posteriores.

#### **g) Libertad condicional de los condenados a la pena de prisión permanente revisable**

El Preámbulo de la LO 1/2015 anuncia que: “La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

Los delitos para los que está prevista la pena de prisión permanente revisable (en adelante PPR) son los siguientes: delitos de asesinato del art. 140 CP en los que la víctima fuere menor de 16 años de edad, o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad; el asesinato se produjera a continuación de un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; el autor perteneciera a un grupo u organización criminal; o el autor haya asesinado a más de dos personas; delitos de homicidio del Rey, la Reina o el Príncipe heredero de la Corona (art. 485.1 CP); de Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado que se halle en España (art. 605.1 CP); delitos de genocidio (art. 607 CP) y

---

<sup>393</sup> SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Reformas sustantivas y procesales en materia de libertad condicional”, *Diario La Ley*, nº 8226, 10 de enero de 2014, pág. 11.

de lesa humanidad (art. 607 bis CP); y por último delitos de terrorismo cuando tengan como resultado la muerte de alguna persona (art. 573 bis CP), para los que no se prevé la PPR de forma expresa, sino con la expresión “...prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”.

Como apunta SÁEZ MALCEÑIDO, “esta pena ofrece nulo interés práctico porque, atendido el cerrado catálogo de delitos que la llevan aparejada, pasará previsiblemente bastante tiempo hasta que la misma sea aplicada en alguna ocasión en España y, sobre todo, porque una vez principie el cumplimiento pasarán décadas hasta que la prisión indefinida pase del anonimato al protagonismo en la ejecución penal, mediante el planteamiento de su revisión, y para entonces, claro está, es posible que ya se haya producido alguna otra reforma legislativa respecto de la misma”<sup>394</sup>. En el mismo sentido, CASTILLO FELIPE señala que “podría pensarse que el legislador no se ha encargado de los aspectos procesales porque no espera una excesiva aplicación de la misma y ha decidido postergar la regulación de estas cuestiones para un momento ulterior. Otra explicación podría venir dada por un razonamiento del siguiente tenor: puesto que se establecen unos períodos mínimos de cumplimiento en régimen ordinario sumamente prolongados, mientras que la pena entra en vigor, se comienza a aplicar por los tribunales, y transcurren los períodos mínimos de revisión para el que tenga el dudoso honor de ser el primer reo de prisión permanente revisable el tiempo del que se dispone es mucho. Ni que decir tiene que ninguno de estos planteamientos –en el caso de que cualquiera de ellos estuviere realmente en la *mens legislatoris*- nos parecería excusa suficiente para justificar la desatención absoluta al régimen de ejecución de la pena estudiada. La opción contraria, es decir, que la falta absoluta de sincronía entre la legislación procesal y sustantiva que presenta la LRCP se deba a un “descuido” provocado por la prisa del legislador, tampoco resulta más atractiva”<sup>395</sup>.

En cualquier caso, lo que aquí nos importa es el régimen de revisión de la PPR, cuya regulación se introduce en el Código Penal, según se dispone en el apartado V del Preámbulo de la LO 1/2015 “como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Si el tribunal concede la libertad, fija un plazo de «suspensión» de la ejecución durante el cual el penado queda sujeto a condiciones: el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos determina –durante este

---

<sup>394</sup> SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Reformas sustantivas y procesales...”, pág. 11.

<sup>395</sup> CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable”, *La Ley Penal*, nº 115, 1 de julio de 2015, pág. 2.

período de suspensión– la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión. Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena, que oscila entre veinticinco y treinta y cinco años de condena, el tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes”.

Es fundamental, pues, el art. 92 CP, en la redacción dada por la LO 1/2015. Este precepto dispone:

“1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la

organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes”.

Serán requisitos necesarios para la revisión y, en su caso, para la concesión de la libertad condicional, los siguientes:

1. De manera general:

- a) que el penado haya cumplido de forma efectiva 25 años de condena.

b) que se encuentre clasificado en **tercer grado**, que no podrá efectuarse (art. 36.1 CP):

- a. hasta el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva.
- b. hasta el cumplimiento de 20 años de prisión efectiva (terrorismo).
- c. que el Tribunal pueda fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

2. En los casos de acumulación de condenas del art. 76.1,e) CP:

a) **Varios delitos y 1 castigado con PPR y el resto de penas sumen un total que exceda de 5 años** (art. 78 bis CP):

- a. Que el penado haya extinguido:
  - i. un mínimo de 25 años de prisión.
  - ii. un mínimo de 28 años de prisión (terrorismo).
- b. Que se encuentra clasificado en **tercer grado**, que no podrá efectuarse:
  - i. hasta el cumplimiento de 18 años de prisión.
  - ii. hasta el cumplimiento de 24 años de prisión (terrorismo).
  - iii. Pronóstico favorable de reinserción social.

b) **Varios delitos y 1 castigado con PPR y el resto de penas sumen un total que exceda de 15 años** (art. 78 bis CP):

- a. Que el penado haya extinguido:
  - i. un mínimo de 25 años de prisión.
  - ii. un mínimo de 28 años de prisión (terrorismo).
- b. Que se encuentra clasificado en **tercer grado**, que no podrá efectuarse:
  - i. hasta el cumplimiento de 20 años de prisión.
  - ii. hasta el cumplimiento de 24 años de prisión (terrorismo).
- c. Pronóstico favorable de reinserción social.

c) **Varios delitos y 2 o más castigados con PPR, o bien, 1 castigado con PPR y el resto de penas impuestas sumen un total de 25 años o más** (art. 78 bis CP):

- a. Que el penado haya extinguido:
  - i. un mínimo de 30 años de prisión.
  - ii. un mínimo de 35 años de prisión (terrorismo).
- b. Que se encuentra clasificado en **tercer grado**, que no podrá efectuarse:
  - i. hasta el cumplimiento de un mínimo de 22 años de prisión.
  - ii. hasta el cumplimiento de un mínimo de 32 años de prisión (terrorismo).
  - iii. Pronóstico favorable de reinserción social.

Como vemos, el primer requisito para obtener la suspensión de la ejecución de la pena de PPR, es de carácter temporal, en virtud del cual el penado debe haber cumplido ya 25 años de su condena. Pero como quiera que el precepto, a renglón seguido, dice: “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 78 bis para los casos regulados en el mismo”, el tiempo de cumplimiento variará en los casos de acumulación de condenas del art. 76.1,e) CP, tal y como ha quedado reflejado anteriormente.

Como señalan CÁMARA ARROYO y FERNÁNDEZ BERMEJO, “ese mínimo al que se alude es superior a la mayoría de las penas que contempla el Código Penal para cada uno de los delitos que se tipifican en él y, que en muchos casos, ese plazo de 25 años de cumplimiento exigible para la primera revisión, se postula como una cadena perpetua para aquellos individuos que en el momento del ingreso en prisión tuvieran la edad de 40 años o más años cumplidos”<sup>396</sup>. Además, apunta DAUNIS RODRÍGUEZ, “la reinserción social será más viable o factible cuanto menos desocializado se encuentre el penado. Es, por tanto, transcendental que la privación de libertad no sea excesivamente larga y no destruya los lazos sociales y familiares del penado con el exterior. Porque, las penas excesivamente largas producen la prisionización del condenado que, a su vez, genera un importante obstáculo a su reinserción o readaptación social”<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> CÁMARA ARROYO, S., y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La Prisión Permanente Revisable: el Ocaso del Humanismo Penal y Penitenciario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 206.

<sup>397</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 289.

El segundo requisito es que el penado se encuentre clasificado en tercer grado. La clasificación o progresión a tercer grado de los penados a pena de PPR se encuentra regulada principalmente en los arts. 36.1 y 78 bis CP.

En los supuestos de acumulación de condenas, el período de seguridad variará conforme a lo dispuesto en el art. 78 bis CP, como se ha reflejado anteriormente. Obviamente, este periodo de seguridad tal elevado, va en claro detrimento del sistema de individualización científica, puesto que su excesiva duración acabará, con casi total seguridad, por destruir la personalidad del individuo al que pretende, al menos en teoría, reinsertar. Como apunta CASTILLO FELIPE, “el paso a tercer grado como consecuencia del sometimiento al tratamiento es ya de por sí un poderoso incentivo para que el condenado muestre una actuación proactiva hacia las distintas actividades que conforman aquél. Con unos períodos mínimos de cumplimiento en régimen ordinario tan amplios se desincentivará, al menos durante los primeros años de cumplimiento, el eventual deseo del recluso de recibir tratamiento, al igual que la voluntad de satisfacer prontamente las responsabilidades civiles, que habrán de hacerse efectivas mediante el correspondiente proceso de ejecución civil, con el retraso y perjuicio que ello supondrá para las víctimas perjudicadas por el delito”<sup>398</sup>.

Conforme establece el art. 36.1 CP, la clasificación del penado en tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal; lo primero que llama la atención en este precepto es que se sustrae el control judicial de la progresión de grado al Juez de vigilancia penitenciaria, y se atribuye al Tribunal sentenciador; con esta opción se introduce un cambio respecto al régimen del resto de penas privativas de libertad en las que el Juez de vigilancia penitenciaria fiscaliza judicialmente esta materia a través de los recursos interpuestos contra las decisiones de la Administración Penitenciaria o la resolución de los expedientes surgidos en virtud del art. 36.2 CP, en los términos que han quedado expuestos anteriormente. Lo mismo sucede con la competencia para acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR, como veremos más adelante al tratar el trámite.

El tercer y último requisito es la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Así, una vez satisfechos los límites mínimos de cumplimiento de la pena y la progresión en grado, el tribunal deberá valorar, si el condenado está preparado para regresar a la sociedad, y lo hará a la vista de la personalidad del penado, sus

---

<sup>398</sup> CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución...”, pág. 3.



antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

Como se ha dicho, el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social será realizado, a modo de informe, por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario en que se encuentre interno el penado, en el que se valorará la trayectoria personal, penal, penitenciaria, familiar y social de mismo, emitiendo una valoración respecto a sus posibilidades de reinserción social.

#### **h) Libertad condicional para delincuentes extranjeros**

La posibilidad de cumplir en libertad el resto de condena en el país de origen del condenado extranjero en virtud de la concesión de la libertad condicional aparece regulada en el art. 197.1 RP, que establece en su apartado primero que, “en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional, recabando autorización para que aquel pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute, efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes de aquel Estado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”.

Naturalmente el penado debe cumplir los requisitos establecidos en el art. 90 CP, esto es, que además de encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario haya extinguido los periodos de condena, y que haya observado buena conducta, en los

términos dichos anteriormente, además de haber satisfecho en su caso las responsabilidades civiles conforme a los criterios establecidos en el art. 72 LOGP.

Así, por ejemplo, el Auto de 8 de septiembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, revoca la libertad condicional concedida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta a un interno extranjero para su cumplimiento en su país de origen, sin valorar el pronóstico de reinserción social, alegando que, “si bien se cumplen los presupuestos de la primera y segunda circunstancias (estar en tercer grado y extinción de las tres cuartas partes de la condena), y aun de la primera parte de la tercera (buena conducta), no existe "el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social", en donde no solo habrán de valorarse los resultados conseguidos por el tratamiento, sino que ha de hacerse un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, en el que van a influir decisivamente las circunstancias que han de condicionar la vida del penado en tal período en su país de residencia, y que aquí se desconocen absolutamente.

Así, en el pronóstico de integración social emitido por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Ceuta se dice textualmente (folio 13) que "la progresión a tercer grado y el pronóstico están basados exclusivamente en la posibilidad legal establecida en el art. 197 del Reglamento Penitenciario. El disfrute de la libertad condicional (EN SU PAÍS DE ORIGEN) en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España, previa conformidad del interno y Aprobación por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria".

Es decir, para lo que no puede servir la previsión del tan citado art. 197 RP, es para sustituir tan fundamental requisito legal, (el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social), por el cumplimiento de una serie de requisitos formales (la conformidad del interno y la aprobación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria)<sup>399</sup>.

Con ello, se posibilita que el penado extranjero pueda disfrutar el período de libertad condicional en su país de origen, facilitando así una reinserción social, que difícilmente alcanzaría en España, precisamente por su falta de arraigo en territorio español. Esta posibilidad, que también se extiende a los españoles residentes legalmente en el extranjero, no resulta aplicable a los extranjeros que aun residiendo legalmente en

---

<sup>399</sup> AAP de Cádiz, Sec. 6ª, sede en Ceuta, núm. 114/2006, de 8 de septiembre, JUR\2006\184845.

España puedan tener en su país de origen mejores condiciones que faciliten su reinserción social.

Como apunta SOLAR CALVO, aunque el art. 197 RP no regula este supuesto, “la interpretación más lógica nos dice que la respuesta para estos supuestos ha de ser positiva. Ello porque el Convenio de Estrasburgo para el Traslado de Condenados de 1983 no sirve como norma supletoria, pues únicamente sirve para el traslado de las condenas, no de las formas de cumplimiento, a la vez que una interpretación en positivo del texto del RP evita discriminaciones sin fundamento normativo alguno. Pero más importante, la finalidad del trabajo penitenciario tiene mucho más sentido si la resocialización por la que apuesta es posible en el lugar donde los internos cuentan con una red social adecuada para desarrollar su vida en libertad posterior al cumplimiento de la condena”<sup>400</sup>.

Con el fin de garantizar que el interno se traslade efectivamente a su país de origen, el Juez de vigilancia penitenciaria adoptará, en el expediente de libertad condicional, las medidas de control necesarias para garantizar la efectiva salida del extranjero del territorio nacional a través de la correspondiente Brigada de Extranjería de la Policía, y deberá imponer, como regla de conducta, además de alguna o algunas de las previstas en el art. 83 CP, la de no regresar a España antes de la extinción de la condena, es decir, antes de la fecha prevista para la remisión definitiva de la pena. El penado quedará bajo la vigilancia del Estado de recepción, que controlará las reglas impuestas por el Juez de vigilancia penitenciaria para la concesión de la libertad condicional.

Para los condenados comunitarios es de aplicación la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero, y que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

---

<sup>400</sup> SOLAR CALVO, P., “A propósito de los Autos del JVP nº 3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, nº 8940, 14 de marzo de 2017, pág. 6.

Esta Decisión Marco pretende incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos, culturales, y de otra índole, pero, también, prevenir la reincidencia y proteger a las víctimas y público en general, y facilitar la aplicación de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas adecuadas en el caso de las personas condenadas que no vivan en el Estado de condena. Dentro del concepto de libertad vigilada queda comprendido el de libertad condicional (art. 2.5 DM) y, en cuanto al elenco de reglas de conducta bajo las que puede adoptarse la resolución de libertad vigilada (o penas sustitutivas impuestas), éstas pueden consistir en: a) informar a la autoridad correspondiente de cualquier cambio de domicilio de lugar de trabajo; b) obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; d) requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación, o las actividades de ocio, o que establezcan límites al ejercicio de una actividad profesional o determinen modalidades de tal ejercicio; e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) obligación de evitar todo contacto con personas específicas; g) obligación de evitar todo el contacto con objetos específicos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales; h) obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación; i) obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad; j) obligación de cooperar con una agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada; k) obligación de someterse a tratamiento terapéutico o a tratamiento de deshabituación; o bien, en cualquier otra obligación que el Estado de residencia haya declarado que está dispuesto a asumir (art. 4 DM). El listado no integra, pues, un catálogo cerrado.

La Ley 23/2014 en su art. 93.1.a), incluye la **transmisión** de la suspensión de toda la condena y también de solo una parte de ella, incluida la suspensión acordada durante el periodo libertad condicional; y, en su art. 94, enumera todas las reglas de conducta que pueden ser objeto de transmisión como medidas de libertad vigilada (las recogidas en el art. 4 de la DM). Su reconocimiento a efectos de ejecución no precisará control de la doble tipificación de los hechos, cuando se trata de las infracciones descritas en el art. 10 DM, siempre que estén castigadas en el Estado de emisión con

pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años.

A este respecto la conclusión 21 de las Conclusiones de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, dice: “La Libertad Condicional conlleva necesariamente la aplicación de alguna de las medidas de libertad vigilada recogidas en el artículo 94 de la Ley de reconocimiento mutuo, pues alguna de ellas son parte de la esencia de aquélla, debiendo constar las mismas en el auto que la otorgue para su transmisión”.

La motivación para llegar a esta conclusión es la siguiente: “Hay ciertas condiciones de la libertad condicional reguladas en los artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario que por ser inherentes a la libertad condicional normalmente no vienen recogidas en el Auto que aprueba la misma. A tal efecto cabe recordar que el artículo 195 g) del Reglamento recoge la tutela y control de un miembro de los servicios sociales. El artículo 94 j) de la Ley establece “la obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada”. Por lo tanto, dicha obligación también es susceptible de transmisión. Así como las restricciones que respecto a la fijación de residencia hubiera establecido el tribunal. También son susceptibles de transmisión otras medidas que vienen impuestas en el programa individual y plan de seguimiento como la obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o de lugar de trabajo, que coincide exactamente con la medida a) del artículo 94 de la ley. Y en definitiva toda condición que se pudiese imponer y que tuviese cabida en el artículo 94 de la ley sería susceptible de transmisión. Todas ellas deben constar expresamente en el Auto que aprueba la libertad condicional”.

No es ésta la interpretación que a este respecto hace el juzgado de vigilancia penitenciaria nº 3 de Madrid, que en sus autos de 28 de noviembre y 30 de diciembre de 2016, deniegan la transmisión de las resoluciones de libertad condicional a otro Estado miembro, al no contemplarse alguna de las medidas de libertad vigilada previstas en el art. 94 de la Ley 23/2014 que sometan al liberado condicional. Así, en el auto de 30 de diciembre de 2016 mantiene que “el tenor literal de la Ley es muy claro, y no requiere de criterios interpretativos más allá de su propia literalidad. Para que pueda transmitirse es preciso que se haya dictado una resolución de libertad condicional firme y que ésta contenga algunas de las medidas de libertad vigilada que se establecen en la ley (arts. 93

y 94 de la Ley). No basta para la transmisión una decisión de libertad condicional firme si ésta no contiene medidas de libertad vigilada que controlar”<sup>401</sup>. Como señala SOLAR CALVO, “asistimos a un nuevo choque entre lo que la libertad condicional es penitenciariamente y lo que tras la reforma está llamada a ser. Así, desde el punto de vista penitenciario, defendemos la necesidad de contar con mecanismos de control efectivos sobre la conducta del interno liberado, más allá de la constatación de comisión de un nuevo delito o sus movimientos transfronterizos. Solo así es posible cortocircuitar comportamientos poco adecuados desde el punto de vista de su normalización social, evitando conductas futuras que justifiquen una revocación de la libertad condicional. Máxime, teniendo en cuenta las drásticas consecuencias que implica la revocación de esta nueva libertad condicional”<sup>402</sup>.

Como presupuesto para la transmisión de la orden de libertad vigilada al Estado de residencia legal y habitual del penado será preciso que medie solicitud de la persona condenada (art. 5.2 DM), o bien que la persona condenada haya regresado o desee regresar a dicho Estado (art. 5.1 DM).

Conforme a lo dispuesto en el art. 95 Ley 23/2014, “son autoridades de emisión de una resolución de libertad vigilada los Jueces o Tribunales que conozcan de la ejecución de la sentencia o resolución de libertad vigilada”, es decir, el Juez de vigilancia penitenciaria que haya acordado la concesión de la libertad condicional.

La Ley 23/2014 ha previsto, en su art. 96.1 b) y c), como requisitos para la transmisión de una resolución de libertad vigilada, que el condenado no tenga su residencia legal y habitual en España y que haya regresado al Estado donde reside legal y habitualmente o que, aun estando en nuestro país, haya manifestado su voluntad de regresar a este o a otro Estado miembro que lo autorice.

Una vez aceptada por el Estado de ejecución la misma, cesa la competencia del Estado emisor (art. 7.1 DM). En principio, corresponde al Estado de ejecución la toma de las decisiones ulteriores, incluso, salvo que haya hecho la correspondiente declaración, la revocación para el caso de incumplimiento de las condiciones (art. 7.2 y 14.3 DM). Tales decisiones se comunican al Estado de emisión. La vigilancia y la ejecución de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas se regirán por el Derecho del Estado de ejecución (art. 13 DM).

---

<sup>401</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, de 30 de diciembre de 2016.

<sup>402</sup> SOLAR CALVO, P., “A propósito de los Autos...”, pág. 5.

Una vez transmitida la resolución de libertad vigilada, la autoridad judicial española dejará de tener competencia tanto para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada como para adoptar resoluciones posteriores en relación con la misma (art. 99.1 Ley 23/2014), es decir, será la autoridad de ejecución la competente para adoptar las decisiones posteriores en relación con la libertad vigilada, sin perjuicio de que si el Estado de ejecución declarara que sus autoridades no serán competentes para dictar resoluciones posteriores relacionadas con la libertad vigilada, o para conocer de las consecuencias del incumplimiento de la medida o de la comisión de una nueva infracción penal, la competencia para dictar resoluciones posteriores sobre la libertad vigilada será ejercida por el Juez o Tribunal español competente (art. 100.3 Ley 23/2014).

La conclusión 22 de las Conclusiones de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, señala que: “En principio, el régimen de libertad condicional de los extranjeros comunitarios regulado en la Ley 23/2014 excluye la posibilidad de aplicar el art.197 del RP, salvo en los supuestos en que su país no haya implementado la Decisión Marco 947/2008, o en los casos en que reste un periodo inferior a seis meses por cumplir”.

La motivación para llegar a tal conclusión es la siguiente: “El artículo 197 del Reglamento Penitenciario no ha sido derogado y de no admitirse el disfrute de la libertad condicional en el país de residencia se convertiría, al menos en estos supuestos, de peor condición al ciudadano extranjero comunitario que al extranjero no comunitario. La nota informativa de 4 de diciembre de 2014 de la Fiscal de Sala de cooperación (folio 10) sobre la ley 23/2014, al tratar de las resoluciones de libertad vigilada, entre las que está la Libertad Condicional, recuerda que solo procederá la emisión si la medida tiene una duración de más de 6 meses, remitiendo al art. 105 b) que regula esta circunstancia como causa de denegación. En estos casos como será causa de denegación de la ejecución común en otros Estados no tiene sentido transmitirla”.

Con la aplicación de lo dispuesto en el art. 197 RP, no nos encontramos ante una auténtica medida de expulsión, sino ante un traslado consentido del penado para cumplir todo el tiempo que resta de pena en su país de origen, consecuencia de la aplicación de un beneficio como es la suspensión del resto de la pena de prisión o libertad condicional.

Por el contrario, como hemos tenido oportunidad de ver, el art. 89 CP impone la expulsión sustitutiva de las penas de prisión superiores a un año de duración, en todo caso, una vez sea concedida la libertad condicional al condenado extranjero; de manera que se plantea una situación contradictoria, pues en estos casos se dejaría sin posibilidad de aplicación del art. 197 RP a los extranjeros que carecen de residencia legal en España, salvo que su expulsión no se hubiera acordado en sentencia en atención a su arraigo en España, lo cual es incompatible con los fines que persigue el propio art. 197 RP.

Dado que el art. 89 CP exige que la expulsión sustitutiva se adopte en sentencia, o inmediatamente después de que la misma adquiera firmeza, no parece fácil la tarea de coordinar ambas medidas. Lo ideal sería, a nuestro juicio, la aplicación preferente de la concesión de la libertad condicional al penado extranjero para su cumplimiento en su país de origen, y tan solo para el caso de que no sea posible, ejecutar la expulsión sustitutiva del art. 89 CP; en caso contrario nos encontraríamos siempre con la imposibilidad de aplicación del art. 197 RP o de los arts. 93 y ss. Ley 23/2014.

## **2. Requisitos generales en la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional**

Como se ha dicho, la libertad condicional se concibe, tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena; sin embargo, mientras que la competencia para resolver sobre la suspensión de la pena del art. 80 CP está atribuida al Juez o Tribunal sentenciador, la concesión de la libertad condicional, aun entendida como suspensión de la ejecución, se sigue reservando al Juez de vigilancia penitenciaria, como establece el art. 76.1.b) LOGP, con la excepción prevista para la pena de PPR.

En los apartados 5 a 7 del art. 90 CP, se regulan los aspectos relativos al procedimiento de iniciación del expediente de libertad condicional, concesión, denegación, revocación y la remisión definitiva de la pena.

### **a) Iniciación del expediente, trámite y resolución**



El apartado 7 del art. 90 CP dispone que “El juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada”.

DE PAÚL VELASCO señala que “el artículo 90.7 del Código, fruto de una enmienda transaccional, ha acabado por decir algo tan contradictorio como que para la suspensión del resto de la pena y la concesión de la condena condicional “El Juez de Vigilancia resolverá de oficio [...] a petición del interesado”. Aparte de la perplejidad que suscita, esta redacción parece derogar implícitamente los artículos 194 y 198 del Reglamento Penitenciario, que establecían la obligación de la administración penitenciaria de incoar de oficio el expediente de libertad condicional y de remitirlo al Juzgado de Vigilancia, con propuesta de concesión o no de la libertad condicional”<sup>403</sup>.

Parece claro, tras la lectura del precepto, que la competencia para resolver sobre la libertad condicional la tiene el juez de vigilancia penitenciaria, pero, seguidamente, se atribuye al “juez o tribunal” la competencia para fijar un plazo en el que el penado no podrá reiterar su pretensión; esta contradicción no resulta justificable y entendemos que ha de tratarse de un error del legislador; igualmente resulta incongruente en la redacción del precepto que por un lado sea el juez de vigilancia penitenciaria quien resuelva “de oficio”, y por otro se establezca que lo hará “a petición del penado”.

Asimismo, el precepto tampoco precisa ni la forma ni el momento oportuno para promover o solicitar la libertad condicional, limitándose a establecer que “el juez de vigilancia penitenciaria resolverá...”, omitiendo que esa valoración tiene que venir precedida de un expediente de libertad condicional elaborado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, conforme a la regulación contenida en los arts. 194 y 195 RP. Esta imprecisión se salva en el supuesto de la libertad condicional cualificada prevista en el segundo párrafo del art. 90.2 CP, que sí especifica que el Juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar la concesión de la libertad condicional “a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes”.

---

<sup>403</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 30.

La primera duda que se nos plantea es si el expediente debe iniciarse exclusivamente a petición del penado. La respuesta debe ser negativa, pues, como se recoge en la Instrucción nº 4/2015 de la SGIIPP, “el precepto establece como alternativa la actuación de oficio del Juez de Vigilancia, cuyo conocimiento puede ser activado por la Dirección del Centro Penitenciario, tal y como sucede en la actualidad”.

SALAT PAISAL entiende que “deben prevaler ambas posibilidades, pues así se deja entrever en la segunda parte del apartado séptimo del art. 90 CP, al indicarse textualmente que “en caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses [...] hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada”; a pesar de que el legislador de nuevo se haya contradicho al establecer que el plazo durante el cual no será posible solicitar el inicio del expediente será fijado por el juez o tribunal y no por el JVP”<sup>404</sup>.

A este respecto, la Conclusión 6ª de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, establece que: “aunque el art. 90.7 CP parece exigir la previa solicitud del penado para el inicio del expediente de libertad condicional, puede también iniciarse de oficio por la Junta de Tratamiento. El penado puede renunciar a la concesión de la libertad condicional si lo hace antes de que hubiese recaído auto judicial resolviendo sobre la misma”.

La motivación para llegar a esta conclusión es la siguiente: “Establece el art. 194 R.P., que no ha sido derogado, que “La Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del correspondiente expediente con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de este beneficio”. Cuando se den los requisitos legales para ello y con información al penado de la regulación de la libertad condicional, se iniciará el expediente por la Junta. Si al penado no le conviene, una vez explicado el contenido de la libertad condicional, podrá renunciar a la misma, poniéndose ello en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El art. 90.7 CP se está refiriendo al penado que, estimando que cumple los requisitos previstos legalmente para la libertad condicional y al no haber iniciado el expediente la Junta de Tratamiento por no considerarlo procedente, lo solicita directamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien, tras recabar los informes oportunos del Establecimiento Penitenciario, si lo desestima, podrá fijar un plazo hasta que la pretensión sea nuevamente planteada”.

---

<sup>404</sup> SALAT PAISAL, M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal...*, pág. 684.

## **i. Iniciación de oficio**

Conforme a nuestra legislación penitenciaria, para que un condenado pueda ser puesto en libertad condicional se requiere, además de los requisitos exigidos por la ley, que la Junta de Tratamiento del centro penitenciario adopte un Acuerdo de incoación o iniciación del expediente de libertad, con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión, en su caso, de la libertad condicional. En la práctica dicho acuerdo suele adoptarse tres o cuatro meses antes del cumplimiento de las tres cuartas partes, o en su caso, de las dos terceras partes de la condena que estuviere cumpliendo el penado. El referido Acuerdo debe constar por escrito y en el mismo se propondrá al Juez de vigilancia penitenciaria la aplicación de una o varias de las reglas de conducta prevista en la ley. Si al penado no le conviene, una vez explicado el contenido de la libertad condicional, podrá renunciar a la misma, poniéndose ello en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Verificado lo anterior, se procederá a la formación del oportuno expediente de libertad condicional que, conforme prevé el art. 195 RP, “habrá de contener, en su caso, los siguientes documentos:

a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de la correspondiente liquidación de condena.

b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado.

c) Informe pronóstico de integración social, emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

d) Resumen de su situación penal y penitenciaria, con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena, así como de la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias, así como las sanciones y sus cancelaciones, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios.

e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento.

f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias.

g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal.

h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior.

i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente a que se refiere el artículo anterior, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal”.

Concluido el expediente, la Junta de Tratamiento lo elevará al Juez de Vigilancia, haciendo constar los certificados e informes necesarios para acreditar la existencia de los requisitos legales y, en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional. En todo caso, el expediente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el retraso de su envío (art. 198 RP).

## **ii. Iniciación a petición del interno**

La Junta de Tratamiento podrá iniciar el expediente de libertad condicional a petición del interno (mediante modelo de instancia normalizado). En estos casos, conforme prevé la Instrucción nº 4/2015 de la SGIIPP, la forma de proceder de las Juntas de Tratamiento, será la siguiente:

a) Cuando lo solicite el penado, y concurran en él los requisitos objetivos para la tramitación del expediente de suspensión de condena por libertad condicional (cumplimiento de  $\frac{3}{4}$  partes de la condena y clasificación en tercer grado de tratamiento), la Junta de Tratamiento procederá a incoar el oportuno expediente con la suficiente

antelación para que no sufra retraso su concesión estableciendo el informe pronóstico final correspondiente.

Si el expediente de libertad condicional contempla un informe pronóstico favorable, se elevará al juez de vigilancia; en caso contrario, se le notificará al interno haciéndole saber el derecho que le asiste de impugnación ante el referido juzgado de vigilancia penitenciaria.

b) Si el interno se encontrara en 3º grado y solicitara la libertad condicional adelantada y/o la libertad condicional cualificada y la Junta de Tratamiento considerara que no reúne los requisitos, se le notificará así al interno haciéndole saber el derecho que le asiste de impugnación ante el referido juzgado de vigilancia penitenciaria.

En las siguientes revisiones de grado se valorará la posibilidad o no de elevar el expediente de nuevo si las circunstancias hubieran cambiado.

c) Si el interno solicita la suspensión de la ejecución de la pena para concesión de la libertad condicional y no cumple los requisitos legales objetivos de tiempo o de clasificación, la Junta de Tratamiento adoptará el acuerdo de no incoar el expediente de libertad condicional, dando cuenta de la solicitud del interno al juez de vigilancia y poniendo de manifiesto las circunstancias que motivan dicho acuerdo.

De cualquiera de las circunstancias que se describen en estos apartados, se dejará constancia en el expediente del interno por medio de la vicisitud correspondiente. En todo caso debe quedar constancia de la voluntad del interno por escrito debidamente acreditada, conforme al modelo de impreso normalizado disponible en el Centro Penitenciario. *A priori*, no se establece ningún límite de solicitudes o peticiones que puede realizar el penado ante la Junta de Tratamiento para que inicie el expediente, por lo que podrían plantearse cuantas solicitudes desearan.

d) Si el penado entiende que cumple los requisitos previstos legalmente para la libertad condicional y la Junta de Tratamiento no ha considerado procedente iniciar el expediente, podrá solicitar la libertad condicional directamente ante el Juez de Vigilancia Penitencia, quien, tras recabar los informes oportunos del establecimiento penitenciario, si lo desestima, podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.

Tanto la impugnación del acuerdo de la Junta de Tratamiento de no iniciar el expediente, como la solicitud directa de libertad condicional, las hará el propio penado

mediante escrito, carente de todo formalismo y sin necesidad de abogado, remitido al juzgado de vigilancia penitencia correspondiente.

Antes de resolver, el juez de vigilancia penitenciaria dará traslado del expediente de libertad condicional al Ministerio Fiscal para informe, y, en su caso, a las víctimas del delito, en los términos señalados en el art. 13.2 LEV, que dispone que estarán también legitimadas para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima; antes de que el Juez de vigilancia penitenciaria dicte la resolución correspondiente, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones.

Esto sucederá cuando la víctima del delito lo sea por homicidio; aborto del artículo 144 CP; lesiones; contra la libertad; tortura y contra la integridad moral; contra la libertad e indemnidad sexual; robo cometidos con violencia o intimidación; trata de seres humanos; delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del artículo 183 CP (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años); delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de trece años. Y será necesario que hayan manifestado ante el Juez de vigilancia penitenciaria su voluntad de que se les notifique el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión, tal y como dijimos al tratar a la víctima del delito en el epígrafe relativo a la intervención de las partes.

La Conclusión 7ª del encuentro de Magistrados y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2015, dice: “Cuando las víctimas hagan uso de la facultad prevista en el art. 5.1.m) LEV, manifestando ante el Juez de vigilancia penitenciaria su voluntad de ser informado de las decisiones a que se refiere el art. 7.1.e), manifestación que les da derecho a participar en la ejecución, en los términos previstos en el art. 13 de dicho Estatuto, se comunicará al Centro Penitenciario en que esté ingresado el penado al que se refiera la petición, al objeto de que se reseñe en su expediente penitenciario para que, en el caso de que sea trasladado y pase a depender de otro Juez de Vigilancia Penitenciaria, le pueda constar sin necesidad de que la víctima formule nueva petición”.

A este respecto, la conclusión 19 de las Conclusiones de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, dice: “La participación indirecta de la víctima que posibilita el art. 13.2.a) para solicitar la imposición de reglas de conducta en libertades condicionales en condenas por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para aquélla debe restringirse por razón de la finalidad contemplada en la norma (garantizar la seguridad de la víctima) a las medidas directamente relacionadas con la misma (aquéllas cuyo control se atribuye por el CP a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado). El “hecho” como predictor de peligrosidad resulta insuficiente, debiendo huirse también aquí de automatismos y otorgarse singular importancia a las propuestas de la Junta de Tratamiento (art. 195 i RP)”.

La motivación para llegar a esta conclusión es la siguiente: “Es la seguridad de la víctima el fundamento que legitima su intervención, concretada en la posibilidad de interesar las “medidas o reglas de conducta previstas por la ley” para garantizarla. En relación con el elenco de medidas contempladas en el art. 90.5 en relación con el art. 83 CP, se postula una interpretación restrictiva, estimando que solo la 1ª, 2ª, 3ª y 4ª resultan adecuadas al fin pretendido, toda vez que son aquellas cuya imposición genera el deber de su comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. En relación con esa interpretación restrictiva se estima que debe excluirse, por ejemplo, la imposición de participar en programas de contenido sexual que prevé la regla 6ª, por mucho que, de tener éxito, pudiese redundar en la seguridad de la víctima, al no tener una incidencia directa e inmediata en la evitación de actos que atenten a bienes jurídicos individuales fundamentales. Prueba de ello es que su observancia se atribuye a los SGPMA y no a las fuerzas de policía. Cabe una observación sobre la peligrosidad relacionada con el elemento seleccionado por el legislador para su inferencia: el hecho delictivo que motivó la condena. Se ha señalado su insuficiencia como predictor, pues puede no estar presente en hechos graves y ser patente en delitos castigados con pena menor, en los que la personalidad del sujeto o relaciones con la víctima eleven el perfil de riesgo. Por ello, deben tener singular importancia los informes penitenciarios, que deben concretarse en las propuestas de reglas de conducta que efectúe la Junta de Tratamiento al amparo del art. 195 i) RP”.

Sobre la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito y la participación de la víctima en esta materia, hay que citar la Conclusión nº 20, que dice: “El art. 13.2 b) faculta a la víctima para facilitar cualquier información relevante para

resolver sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso. Aunque el texto habla de “juez o tribunal”, puede entenderse incluido el JVP respecto de cualquier incidente de ejecución judicializado (v.gr. permisos de salida o cumplimiento de la responsabilidad civil)”.

La motivación para llevar a esta conclusión es la siguiente: “La redacción del precepto, que habla de “juez o tribunal” plantea la cuestión de si limita la información a incidentes de ejecución atribuidos al sentenciador o podría la víctima facilitar también información relevante en expedientes de competencia del juzgado de vigilancia penitenciaria. [...] Frente a autores que limitan este artículo a la actividad protagonizada por los jueces y tribunales sentenciadores, permitiendo la participación de la víctima en cuestiones como la suspensión de la ejecución de la pena en sus diversas modalidades, se estima que constituye una cláusula de cierre general extensible a cualquier incidente de ejecución judicializado, englobando tanto el cumplimiento material de la pena- v.gr. permisos de salida-, como la propia ejecución jurisdiccional, ampliada a las responsabilidades civiles y el comiso. Así, en relación con las competencias del juzgado de vigilancia, no vemos obstáculo en que la víctima pueda informar al órgano judicial, por ejemplo, de la real situación económica del condenado al que, v.gr., se le impuso como regla de conducta la continuidad en el pago de la responsabilidad civil”.

El Juez de vigilancia penitenciaria, al decretar la libertad condicional del penado, podrá condicionar la suspensión de la ejecución del resto de la pena al cumplimiento por parte del penado de las prohibiciones y deberes establecidos en el art. 83.1 CP (al que remite el art. 90.5 CP), cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. Asimismo, cuando se trate de delitos cometidos contra la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª. No obstante, el Juez de vigilancia penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar a su vez la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al art. 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, cambios en las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas. Las condiciones que se pueden imponer al liberado condicional son las reflejadas en el art. 83 CP, a las que ya nos referimos en el epígrafe correspondiente y a



cuyas consideraciones nos remitimos. No obstante, el seguimiento de la libertad condicional se realizará por los Departamentos de Trabajo Social de los Centros de Inserción Social (en adelante CIS) o Centros Penitenciarios de adscripción del liberado conforme a lo establecido por la legislación penitenciaria vigente.

El art. 200 RP dispone que: 1. Para su adecuado seguimiento y control, los liberados condicionales se adscribirán al Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en que vayan a residir.

2. El seguimiento y control de los liberados condicionales, hasta el cumplimiento total de la condena o, en su caso, hasta la revocación de la libertad condicional, se efectuará por los servicios sociales penitenciarios del Centro al que hayan sido adscritos, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente.

3. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado para el seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al Centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo. La competencia sobre la libertad condicional pasará al juzgado de vigilancia penitenciaria del que dependa este centro penitenciario.

4. Las reglas de conducta que imponga, en su caso, el Juez de Vigilancia se incorporarán al programa a que se refiere el apartado anterior.

5. Los informes que soliciten las Autoridades judiciales y los órganos responsables del seguimiento y control de los liberados condicionales se realizarán por los servicios sociales penitenciarios del Centro correspondiente.

Al tiempo de acordarse la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, deberá fijarse también el término durante el cual se mantendrá la suspensión acordada. A este respecto el cuarto párrafo del art. 90.5 CP dispone que “el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de la libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado”.

Así pues, del tenor literal de este artículo se desprende que el plazo mínimo de suspensión será, en todo caso, de dos años, independientemente del tiempo que le reste por cumplir al penado; se trata de un plazo imperativo, por lo que en aquellos casos en los que la parte de la pena pendiente de cumplir al obtener la libertad condicional sea inferior a dos años, el plazo de duración de la misma será precisamente de ese mínimo de dos años, lo que sin duda supone un perjuicio para el reo, quien podrá negarse a obtener la libertad condicional.

Piénsese, por ejemplo, en el régimen excepcional de libertad condicional previsto en el art. 90.3 CP, que permite acceder a la libertad condicional una vez extinguida la mitad de la condena a los reos que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración. Es evidente que en estos casos se podría obtener la libertad condicional en un momento en el que la pena que restase por cumplir (un año y medio) sería necesariamente inferior a los dos años, por lo que su concesión provocaría siempre y en todo caso que el licenciamiento definitivo se viera desplazado más allá de la fecha prevista para ello; a esto hay que añadir el previsible sometimiento a las reglas de conducta propias de la libertad condicional y, sobre todo, al riesgo de que el periodo de tiempo en libertad condicional, en caso de revocación, no sería computado para el cumplimiento de la pena, por lo que, obviamente, la libertad condicional resultaría más onerosa que el tercer grado que la propia libertad condicional incluye, y al que podría acceder mucho antes de haber cumplido la mitad de la condena. No será raro, entonces, que el penado renuncie a este tipo de libertad condicional que, como se ha visto, no tiene nada de excepcional ni de beneficiosa.

Parece claro, tras la lectura del precepto, que el plazo máximo de duración de la libertad condicional será de cinco años; pero sólo lo parece, pues también se prevé, de forma imperativa y sin excepción alguna, que en todo caso el plazo de suspensión no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. Así, cuando el tiempo pendiente de cumplimiento al acceder a la libertad condicional sea superior a cinco años conforme a la liquidación de condena practicada, y entre en juego esta regla imperativa, el límite máximo de suspensión de ejecución del resto de la pena habrá de ser necesariamente traspasado, o, por el contrario, se tendrá que denegar la libertad condicional porque el plazo de suspensión no puede ser superior a cinco años.

A este respecto, la Conclusión 3ª de las de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, establece que “el plazo de suspensión de ejecución de la pena (art. 90.5) nunca podrá ser inferior a dos años aunque la duración de la pena que resta materialmente por cumplir fuere inferior. Sin embargo, el límite de cinco años sí podrá superarse para hacerlo coincidir con el tiempo de la pena pendiente de cumplimiento cuando éste sea mayor”.

Para ORTEGA CALDERÓN hubiera sido más acertada una redacción del tipo “la duración de la libertad condicional nunca podrá ser inferior al tiempo de condena que reste por cumplir, sin que en ningún caso pueda ser inferior a dos años”<sup>405</sup>.

SALAT PAISAL entiende que el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión será de dos a cinco años en aquellos casos en que la parte de la pena de prisión suspendida no sea superior a cinco años; “en el resto de supuestos –es decir, cuando la duración de la parte de la pena de prisión suspendida sea superior- el plazo de duración de la suspensión será el equivalente a la parte de la pena suspendida”<sup>406</sup>.

No es esta la interpretación que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, hace en su auto de 4 de diciembre de 2015, en el que acuerda no haber lugar a la concesión de la libertad condicional de un interno por superarse el límite de los plazos de suspensión, alegando que: “dentro de esos límites taxativos nunca puede imponerse un plazo inferior a lo que resta la condena, lo que impediría la concesión en el caso de que lo que resta de condena sea superior a cinco años.

En el presente supuesto resulta que el interno cumple una condena de 21 años, y que no cumple la libertad definitiva hasta el 27/07/2023, por lo que restan más de cinco años de cumplimiento de condena, en concreto más de 7 años, por lo que no puede serle concedida la libertad condicional sin incumplir un precepto legal imperativo que establece los límites temporales, pues en ningún caso puede serle impuesto un plazo superior a cinco años, ni menor a lo que le resta de condena. Además como ha señalado la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Auto nº 1093/2015 de 19 de noviembre de 2015, el artículo 90.5 del Código Penal es: de obligado cumplimiento por

---

<sup>405</sup> ORTEGA CALDERÓN, J.L., “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 8652, 24 de noviembre de 2015, pág. 4.

<sup>406</sup> SALAT PAISAL, M., “Libertad condicional”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, 2015, pág. 197.

su tenor imperativo y por su significado literal claro y excluyente de cualquier otra interpretación (*in claris non fit interpretatio*), siendo un problema creado por el legislador que a él le corresponde solventar”<sup>407</sup>.

Y tiene razón el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, porque si la libertad condicional se configura como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, habrá que estar a la naturaleza y funcionamiento de esta institución, y respetar los plazos de suspensión que se han previsto en el art. 90.5 CP, al igual que se respetan los del art. 81 CP.

Como señala ORTEGA CALDERÓN, “de esta forma, lo que se logra por el legislador es que el plazo de duración de la libertad condicional, en tanto que modalidad de suspensión, asuma rasgos propios de ésta, si quiera sea en forma de amenaza que constriñe al ya penado y que sin duda habrá de modular su comportamiento hacia la asunción y respeto de las normas de convivencia, y todo ello atribuyendo a la libertad condicional un rasgo de mayor dureza y severidad en su regulación que el precedente. Y ese rasgo no es otro que el de desbordar, como regla general, la duración de la pena impuesta en sentencia o bien el que resulte de la oportuna refundición, ofreciendo una nueva fecha que habrá de entenderse, por lo que se dirá, no tanto de licenciamiento definitivo sino más bien de remisión definitiva de la pena”<sup>408</sup>.

En los supuestos en los que el penado obtenga la libertad condicional en una situación temporal en la que le reste por cumplir una pena inferior a cinco años, el Juez de vigilancia penitenciaria deberá fijar el plazo de duración de la misma con la doble limitación prevista en la ley: el mínimo será lo que le reste por cumplir, con la límite ya apuntado de los dos años, y el máximo los citados cinco años.

Como establece el último inciso del art. 90.5 CP, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de suspensión y libertad condicional será “la fecha de la puesta en libertad del penado”.

### **iii. Trámite para la libertad condicional humanitaria**

Desde el punto de vista procedimental, corresponde iniciar el expediente, conforme al art. 194 RP, a la Junta de Tratamiento, que lo elevará, con la urgencia que

---

<sup>407</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitencia nº 3 de Madrid, de 18 de septiembre de 2015.

<sup>408</sup> ORTEGA CALDERÓN, J.L., “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional...”, págs. 4 y 5.

el caso requiera, al Juez de vigilancia penitenciaria competente para resolver, conforme disponen los art. 91 CP y 76.2.b) LOGP, quien valorará, junto a las circunstancias personales, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

El expediente de libertad condicional deberá contener los documentos a que se refiere el art. 195 RP, excepto los relativos a la letra h) –“manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior”-, junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho (art. 196.3 RP).

#### **iv. Trámite para libertad condicional de los condenados a la pena de prisión permanente revisable**

Parece claro, tras la lectura del art. 92 CP, que el órgano encargado de conceder la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR y la libertad condicional será el Tribunal sentenciador, mientras que para la revocación de la misma será competente el Juez de vigilancia penitenciaria, lo que es un lío, y visto así, se estarían derogando los preceptos de la legislación penitenciaria que encomiendan al Juez de vigilancia penitenciaria la concesión de la libertad condicional. Recordemos que el art. 76.2 b) LOGP atribuye al Juez de vigilancia penitenciaria la resolución de las propuestas de libertad condicional de los penados y la revocación de la libertad condicional en caso de incumplimiento de los requisitos legales. Carece de toda lógica que sea el Tribunal sentenciador quien valore las circunstancias y un Juez de vigilancia penitenciaria quien decida si han variado las circunstancias que no valoró inicialmente, debiera ser el mismo órgano quien proceda a revisar y, en su caso, revocar la suspensión de la ejecución de la pena y libertad condicional.

Una lectura somera del Preámbulo de la LO 1/2015 nos revela rápidamente que no se trata de una errata legislativa, pues en el apartado II indica que “un tribunal

colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal”, en consecuencia, queda claro que se sustrae la sustanciación de este incidente de las competencias del Juez de vigilancia penitenciaria, que es quien conforme al art. 76.2 b) LOGP debería conocer del mismo.

Por otro lado, no queda claro en el precepto qué órgano judicial es el competente para modificar las condiciones impuestas al liberto condicional, pues el párrafo segundo del art. 92.3 CP alude tanto al juez de vigilancia como al tribunal sentenciador (“El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar...”), es decir, que atribuye la competencia a uno u otro, según cuál de ellos haya impuesto las condiciones que se van a modificar; pero, a tenor del art. 92 CP, esto no es posible, pues el citado precepto atribuye la competencia para conceder de la libertad condicional, con exclusividad, al Tribunal sentenciador.

No obstante estas previsiones, no nos parece que el Tribunal sentenciador sea el órgano adecuado para resolver sobre la revisión de la PPR, pues, aunque el art. 92.1 c) CP prevea la remisión de informes de evolución del penado, dicho órgano jurisdiccional no podrá alcanzar con ellos el grado de conocimiento sobre la situación del penado que podría alcanzar el Juez de vigilancia penitenciaria; además, el examen por Tribunal colegiado siempre podría lograrse mediante el recurso contra la resolución del juez de vigilancia penitenciaria.

Sobre todo, el legislador debe aclararse con la naturaleza de las instituciones que maneja. El modo elegido para revisar la PPR es el de suspender su ejecución, de modo que debería adaptarse a la naturaleza y funcionamiento de esa institución.

Desde el punto de vista procedimental, lo primero que hemos de señalar, es que la revisión de la PPR podrá efectuarse mediante dos vías diferentes:

1. De oficio, cuando se haya cumplido una parte determinada de la condena, comprendida entre los 25 y 35 años, en función del delito cometido: a partir de entonces se llevará a cabo un plan de revisión cada dos años. El trámite se iniciará, a nuestro juicio, a propuesta de la Junta de Tratamiento, con la elevación al Tribunal sentenciador de los documentos del art. 195 RP, por cuanto resulta lógico pensar que el Tribunal sentenciador no realizará un seguimiento pormenorizado de la situación del penado que le permita actuar de oficio.

2. A instancia del penado, cuando éste lo solicite, una vez cumplido el período mínimo referido, sin perjuicio de que tras la desestimación de la misma se pueda establecer un plazo máximo de un año, en virtud del cual no se podrán plantear más solicitudes de revisión. En este caso, entendemos que el trámite se iniciará mediante la remisión por parte del penado de un escrito, carente de todo formalismo, al Tribunal sentenciador para que convoque una vista.

Como se ha dicho, en el proceso de revisión resulta fundamental, además del transcurso de los plazos previstos, el informe de evolución remitido por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que determine el tribunal, así como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

La revisión quedará resuelta tras un procedimiento oral contradictorio ante el tribunal sentenciador en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, quien necesariamente habrá de estar asistido por abogado. Aunque el precepto no lo dispone expresamente, entendemos que, en estos casos, también tendrá intervención la víctima del delito en los términos previstos en el art. 13 LEV, que prevé que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria no sólo deberán informar a las víctimas de lo que resuelvan, sino que deberán darles audiencia antes de tomar la decisión de conceder o no la libertad condicional, otorgándoles el plazo de cinco días para formular alegaciones, pudiendo las víctimas recurrir dicha resolución. Como señala CASTILLO FELIPE, con la audiencia de la víctima del delito se podría “constatar de primera mano la actitud mantenida por el penado hacia el hecho delictivo y el intento de minoración del daño causado, en cuanto que uno de los elementos que pueden fundar el pronóstico favorable de reinserción social”<sup>409</sup>.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades

---

<sup>409</sup> CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución...”, pág. 6.

delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades, en los términos que han quedado expuestos al tratar la libertad condicional de los terroristas y delincuencia organizada.

La resolución que ponga fin al proceso de revisión revestirá la forma de auto, que entendemos deberá dictarse en el plazo más breve (art. 198 LECR). En aquellos casos que el proceso de revisión de la pena finalice con una decisión negativa, el tribunal no tendrá que volver a revisar la ejecución de la condena hasta que hayan transcurrido dos años. No obstante, deberá atender todas las peticiones que realice el penado, aunque podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a nuevas solicitudes.

Cuando se acceda a la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR, y puesta en libertad condicional del penado, se fijará un plazo de suspensión, cuyo *dies a quo* se contará desde el comienzo de aquélla, y que oscilará entre los cinco y los diez años. Serán de aplicación las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91 CP.

En lo referente a la expresa extensión de esta modalidad de suspensión a la previsión contenida en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 80 CP, la misma supone que para adoptar la consiguiente resolución, el tribunal habrá de valorar las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas; como vemos, se trata de una reiteración de los criterios exigidos en el art. 92.1.c) CP para fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social del penado.

El tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR y concesión de la libertad condicional, al cumplimiento por parte del penado de las prohibiciones y deberes establecidos en el art. 83.1 CP, cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. Asimismo, cuando se trate



de delitos cometidos contra la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª. No obstante, el juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrán modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al art. 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

En cuanto a la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR y concesión de la libertad condicional, será acordada por el juez de vigilancia penitenciaria, además de por las causas expresamente previstas en el art. 86 CP, cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada; entendemos que esa “falta de peligrosidad” debe referirse, al igual que sucede con la suspensión de la ejecución de la pena, a la peligrosidad criminal del sujeto y la correspondiente prognosis de comportamiento futuro.

No obstante, transcurrido el plazo de suspensión fijado y constatada la ausencia de comisión de delito durante el mismo, así como el cumplimiento de las condiciones impuestas, el juez o tribunal acordará, la remisión definitiva de la pena.

Es aplicable también a la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR y libertad condicional lo establecido en el art. 91 CP, es decir, la libertad condicional humanitaria para enfermos muy graves con padecimientos incurables y personas septuagenarias, en los términos que han quedado expuestos en el epígrafe correspondiente.

#### **b) Causas de revocación de la libertad condicional**

El art. 90.5 CP establece un régimen autónomo e independiente para la revocación de la libertad condicional, al expresar que “el Juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permitan mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”. En el mismo sentido se

pronuncia el art. 92.3 *in fine*, respecto a la revocación de la ejecución del resto de la pena de PPR.

Esta novedad es preocupante para MIR PUIG, “por la falta de precisión y excesiva vaguedad de los presupuestos en que se funda, suscitando problemas de seguridad jurídica; al menos hubiera podido tildarse la peligrosidad de criminal, y quedarse así circunscrita a la posibilidad de comisión de nuevos delitos”<sup>410</sup>; NISTAL BURÓN<sup>411</sup>, no alcanza a saber de qué pronóstico se está hablando, pues precisamente dicho pronóstico se suprimió en el n° 1 del art. 90 CP. Para DÍAZ MARTÍN, “supone un cajón de sastre donde la amplitud de sus términos permite incluir cualquier circunstancia siempre y cuando no consista en la comisión de un nuevo delito o no haya sido impuesta como una regla de conducta, dado que ambas circunstancias constituyen por sí mismas causas de revocación. Consecuentemente, en la práctica el uso de este motivo de revocación vulneraría el derecho fundamental a la libertad en cuanto es difícilmente justificable la revocación de la libertad condicional por circunstancias que no se hayan impuesto como condiciones de su disfrute”<sup>412</sup>; y para DE PAÚL VELASCO, “no se entiende bien por qué se hace a los liberados condicionales de peor condición que al resto de los condenados suspensos, a los que sería igualmente aplicable esta causa de revocación, no contemplada, por cierto, en el Código Penal alemán, y que adolece de una vaguedad incompatible con la seguridad jurídica en una materia de tan graves consecuencias”<sup>413</sup>.

Al configurarse la libertad condicional como una forma de suspensión de la ejecución del resto de la pena, el citado precepto acoge también, por remisión expresa, como causas de revocación, las mencionadas en el art. 86 CP, a las que ya nos referimos anteriormente y a cuyas consideraciones debemos remitirnos también aquí. Así, será revocada la libertad condicional porque el penado sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida;

A este respecto, la Conclusión 7ª de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, establece que: “Para la revocación de la libertad condicional por comisión de un delito leve es necesario, conforme a lo previsto en los arts. 86.1 a) y

---

<sup>410</sup> MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento...*, pág. 167.

<sup>411</sup> NISTAL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional...”, pág. 10.

<sup>412</sup> DÍAZ MARTÍN, C., “Consecuencias jurídicas en la ejecución...”, pág. 19.

<sup>413</sup> DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones...”, pág. 31.

90.5 CP, que su comisión ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundó la decisión no puede ser mantenida, lo que solo podrá apreciarse en atención a las circunstancias del caso, singularmente la común naturaleza de los delitos por los que cumple condena y/o la reiteración de los mismos durante el período de libertad condicional”.

También se revocará la libertad condicional porque el penado incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones o deberes que le hubieran sido impuestos conforme al art. 83 CP; o se sustraiga al control del Departamentos de Trabajo Social de los CIS; o porque facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de sus bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado, no de cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LEC.

En el caso de septuagenarios y enfermos incurables, como se ha dicho, será causa de revocación, la falta de colaboración en facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de la enfermedad.

El art. 201 RP, dispone: “1. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en Establecimiento penitenciario.

2. Si en dicho período el liberado volviera a delinquir o inobservase las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

3. En caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación”.

Es claro que con la actual regulación, la libertad condicional durará el tiempo fijado en el Auto por el que se acuerde, y su revocación dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento; así lo establece el art. 90.6 CP, añadiendo

además, como consecuencia de la identificación de la libertad condicional con la suspensión de la ejecución de la condena, que el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.

La revocación de la libertad condicional antes de la reforma introducida por la LO 1/2015, únicamente conllevaba la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional en el caso del crimen organizado o grupos terroristas. La reforma generaliza la pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional, siendo indiferente el delito cometido, debiendo cumplir la parte de la pena pendiente de cumplimiento desde la fecha de concesión de la libertad condicional revocada. Como señala DAUNIS RODRÍGUEZ, “con esta grave consecuencia, el CP refuerza la idea de dureza del ordenamiento penal, configurando un sistema que no otorga “*segundas oportunidades*” al delincuente reincidente”<sup>414</sup>.

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid, en su Auto de 3 de noviembre de 2016, decide no suspender ni revocar la libertad condicional de un interno, aun mediando nueva causa por hechos anteriores a su concesión, con el siguiente razonamiento: en primer lugar, refiere que conforme a la regulación anterior “la libertad condicional se configuraba como un último grado de cumplimiento que se caracterizaba por ser una ficción jurídica al ser un período de cumplimiento de condena, pero que tiene lugar en libertad. Mientras se está en libertad condicional se está cumpliendo condena y dura esta situación hasta la fecha del licenciamiento definitivo. En este caso el ingreso en prisión por una nueva condena firme podía dar lugar a la revocación de la libertad condicional, si los hechos por los que resultó condenado el liberado condicional habían tenido lugar durante dicho período, a la ampliación de la libertad condicional, previa refundición, si los hechos por los que resultó condenado son anteriores a la libertad condicional y con la nueva condena se siguen cumpliendo los requisitos temporales de la libertad condicional, o bien a la suspensión de la libertad condicional si con la nueva condena no se cumplen esos requisitos temporales, siendo la suspensión una figura de creación jurisprudencial ante la imposibilidad de cumplir la libertad condicional en prisión pero no proceder la revocación al no concurrir causa legal, pudiendo dar lugar una vez cumplidos los requisitos temporales a una ampliación posterior de la libertad condicional”.

---

<sup>414</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas...*, pág. 258.

En segundo lugar, aborda la situación actual tras la reforma y justifica las diferentes consecuencias que se extraen. En concreto: “La libertad condicional ha pasado a ser un supuesto más de suspensión de condena durante un plazo fijado por la ley, y durante la suspensión no se está cumpliendo condena, por lo que dicho periodo no se computa como de cumplimiento de condena, situación que durará hasta que finalice el plazo fijado (de 2 a 5 años, sin que pueda ser inferior a lo que resta de condena), finalizando esta situación en el mejor de los casos en la fecha prevista de licenciamiento definitivo, si quedan dos años y se fija el plazo mínimo, o cuando termine el plazo, que puede ir más allá de la fecha prevista de licenciamiento definitivo. Como durante el plazo de suspensión, que se computa desde que la libertad condicional se hace efectiva, no se está cumpliendo condena (art. 90.6 CP), el ingreso en prisión por una nueva condena firme sólo tiene incidencia en la libertad condicional si los hechos por los que ha ingresado en prisión se cometieron durante la libertad condicional, pudiendo dar lugar a su revocación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 90.5 en relación con el 86.1 CP, siempre que con la comisión del nuevo delito se ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión no pueda ser mantenida, pudiendo, por tanto, no revocarse a pesar de la comisión del nuevo delito. Sin embargo, si los hechos por los que ingresa en prisión son anteriores a la libertad condicional, no queda afectada ésta, porque es perfectamente compatible estar cumpliendo una causa en prisión y tener otra u otras suspendidas, sin que pueda refundirse la nueva causa con las de la libertad condicional porque la refundición exige que se están cumpliendo las causas que se refunden (art. 193.2 RP), y las causas suspendidas no se están cumpliendo, ni, por tanto, plantearse una posible ampliación o suspensión de la libertad condicional, salvo que el liberado condicional renuncie a la libertad condicional, renuncia que sería posible por no ser contra al interés o al orden público ni realizarse en perjuicio de tercero (art. 6 CC), pero teniendo en cuenta que el tiempo que ha permanecido en libertad condicional no se le computaría”<sup>415</sup>.

Así, siguiendo la lógica del juzgado de vigilancia penitenciaria, y siendo compatible el cumplimiento de una nueva causa junto con la que se encuentra ya suspendida, será posible contar con diferentes causas suspensas corriendo los cómputos temporales para todas ellas al mismo tiempo; de modo que, como apunta SOLAR CALVO, “se podría dar la paradoja de que lo que antes era cumplimiento de tiempo de

---

<sup>415</sup> Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid, de 3 de noviembre de 2016, Rec. 6889/2016 (La Ley 152092/2016).

condena, materializado en régimen ordinario o libertad condicional, pero pautado temporalmente de modo sucesivo –esto es, un día de prisión o de libertad condicional, sólo servía para cumplir una causa-, pueda servir ahora para descontar tiempo de suspensión de todas las causas en juego a la vez y, por tanto, para el cumplimiento de las condenas que se les asocian de producirse la remisión condicional de todas ellas. Una situación rocambolesca y problemática tanto desde el punto de vista penitenciario como considerando los principios informadores del sistema penal, especialmente, los de igualdad y proporcionalidad”<sup>416</sup>.

### **c) Remisión de la pena suspendida y concesión de la libertad definitiva**

Resulta aplicable a este respecto lo dispuesto en el art. 87 CP, de manera que si transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez de vigilancia penitenciaria, éste dictará auto acordando la remisión definitiva de la pena, remitiendo testimonio del mismo al juzgado de ejecución para que éste pueda proceder al archivo de la ejecutoria.

### **d) Recursos**

Como se ha dicho, la competencia para acordar o revocar la libertad condicional corresponde al juez de vigilancia penitenciaria (art. 72.2.b) LOGP); contra el auto que dicte en uno u otro sentido, cabe recurso de reforma y contra el auto resolviendo la reforma cabe recurso de apelación ante el tribunal sentenciador. Los mismos recursos cabrán contra el auto modificando las medidas impuestas que pueda dictar el juzgado de vigilancia penitenciaria.

Cuando sean varias las penas que se halle cumpliendo, será competente para resolver el recurso el juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de igual gravedad, la competencia corresponderá al que la hubiera impuesto en último lugar (D.A. Quinta LOPJ).

---

<sup>416</sup> SOLAR CALVO, P., “La libertad condicional...”, pág. 5.

Es de destacar que la DA 5ª LOPJ al regular el recurso de apelación en materia de ejecución de penas, cuando atribuye el conocimiento al Tribunal sentenciador, contradice lo dispuesto en el art. 82.1.5º LOPJ, según el cual, las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Esta circunstancia ha generado numerosas cuestiones de competencia negativa entre juzgados sentenciadores unipersonales y Audiencia Provinciales, y más, a raíz del ATS de 14 de junio de 2005 que resolvía una de las planteadas en el siguiente sentido: “En la actual redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas son competencia, según la Disposición Quinta, en su norma 2, de los órganos jurisdiccionales sentenciadores; y el criterio de este Tribunal es el de que, a ese efecto, la clasificación de grado está incluida en la ejecución. Mas aquella norma no debe ser aislada de las 3, 5 y 6 de la misma Disposición que recogen otro criterio: la función de apelación contra resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponde a órganos colegiados; a lo que debe añadirse como, en consonancia con ese criterio, mientras que el art. 82.1.3º establece, entre las atribuciones de las Audiencias Provinciales, los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, el art. 89 bis no prevé, entre las competencias de los Juzgados de lo Penal, atribución alguna para los recursos de apelación. De la conjunción de esos criterios, y *mutatis mutandis*, debe colegirse que, en el aspecto piramidal del subsistema jurisdiccional español, el órgano que resuelva los recursos de apelación no ha de ser uno situado en el mismo nivel del que dictó la resolución recurrida sino en otro superior”<sup>417</sup>.

Más recientemente, el TS, en otra cuestión de competencia planteada para determinar si el órgano sentenciador competente para resolver los recursos de apelación en materia de ejecución contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia es el Juzgado de lo Penal que ha dictado la sentencia que se ejecuta, conforme se desprende de lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la LOPJ (juzgado o tribunal sentenciador), criterio que sostiene el Juzgado de Vigilancia, o bien es necesario remitir su resolución en todo caso a la Audiencia Provincial, por ser el órgano al que corresponde con carácter general la competencia funcional para resolver los recursos

---

<sup>417</sup> ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, de 14 de junio de 2005, JUR\2006\152248.

que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ( art 82 5º LOPJ ), criterio que sostiene el Juzgado de lo Penal, resuelve la cuestión a favor de la competencia del Juzgado de lo Penal.

Así, en su auto de 15 de febrero de 2016 argumenta lo siguiente: “en primer lugar, ante una contradicción que enfrente una disposición de carácter general (art 82 5º LOPJ) y otra de carácter especial (disposición adicional quinta de la misma LOPJ), ha de atenderse, conforme a los principios generales de interpretación de las normas, a lo dispuesto en la norma especial. Y es claro que la citada disposición adicional atribuye la competencia en estos supuestos al órgano sentenciador, que tanto puede ser la Audiencia Provincial, como un Tribunal Superior de Justicia o un Juzgado de lo Penal, refiriéndose expresamente la citada disposición al Juzgado o Tribunal sentenciador en dos ocasiones, en el párrafo segundo, al expresar "en el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al **juzgado o tribunal** que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios **juzgados o tribunales** hayan impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar", lo que pone manifiestamente de relieve que el Legislador ha tomado en consideración a los Juzgados de lo Penal como órganos competentes para resolver los recursos en esta materia, cuando fuesen el órgano sentenciador.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la finalidad de la norma llegamos a la misma conclusión, pues si el Legislador, respetando la competencia del órgano sentenciador para juzgar y ejecutar lo juzgado, atribuye la competencia para resolver los recursos en materia de ejecución a los órganos sentenciadores, y no a la Audiencia Provincial de la demarcación del territorio donde estuviese el Centro Penitenciario, como sucede en los recursos referentes a materias de régimen penitenciario (disposición adicional, párrafo 3º), carecería de sentido que posteriormente el recurso se desviase a la Audiencia Provincial del territorio donde se dictó la sentencia, aunque no hubiese sido el órgano sentenciador, marginando al Juzgado de lo Penal, que sí lo ha sido.

En tercer lugar, este es el criterio que ha mantenido este Tribunal en sus resoluciones más recientes, por ejemplo en el Auto dictado con fecha 2 de febrero de 2011 (Pte. Sr. Monterde), en recurso núm. 20.652/2010, en la ejecución de una



sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de San Sebastián, recordando el acuerdo plenario de esta Sala de 28 de junio de 2002.

Este Acuerdo Plenario citado, aunque se refiere con carácter general como órgano competente para resolver estos recursos al Tribunal sentenciador, tiene como fundamento el mismo criterio de que la competencia para ejecutar lo juzgado corresponde en última instancia al órgano juzgador, sea Juzgado o Tribunal (Auto de 5 de abril de 2003, recurso 103/2002, Pte. Sr. Soriano, que aunque resuelve una cuestión diferente se refiere tanto a las Audiencias como a los Juzgados de lo Penal como órganos competentes para la resolución de estos recursos)<sup>418</sup>.

Si bien es cierto que la competencia funcional para resolver los recursos de apelación en materia de ejecución de penas, como lo es la libertad condicional, recae en el juzgado o tribunal sentenciador, cabe preguntarnos si es razonable mantener la apelación en el tribunal sentenciador, que puede ser un juzgado de lo penal, del mismo rango que el juzgado de vigilancia penitencia, y la respuesta es que sería preferible que la competencia para resolver los recursos de apelación recayera siempre, independientemente de la materia, sobre la Audiencia Provincial de la demarcación del juzgado de vigilancia penitencia.

Así lo planteaba también los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el Criterio 150.2 de Criterios de Actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009, en el que acorvan reiterar al Gobierno la necesidad ineludible de que se promulgue la Ley reguladora del procedimiento ante la jurisdicción de Vigilancia, a la que se refiere el art. 78 LOGP, con arreglo a los siguientes criterios: “Todos los autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria serán necesariamente recurribles en reforma. Contra la desestimación de este recurso podrá interponerse recurso de apelación, sin excepción, ante la Audiencia provincial de la demarcación en la que se encuentre el Centro penitenciario, o ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional si se trata de recursos contra autos de los Juzgados Centrales de Vigilancia. El plazo para recurrir contra sanciones disciplinarias será de 5 días. Contra las resoluciones en las que se deniegue la admisión de una apelación podrá interponerse recurso de queja. El recurso de apelación se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado relativo a autos”.

---

<sup>418</sup> ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, de 15 de febrero de 2016, RJ\2016\721.

Conforme dispone la D.A. Quinta LOPJ, cuando la resolución objeto de recurso de apelación se refiera a la concesión de la libertad condicional, y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional (que será el tribunal sentenciador por tratarse de delitos graves, con pena superior a cinco años de prisión), se haya pronunciado sobre la suspensión.

El recurso de apelación se tramitará conforme a lo dispuesto en la LECR para el procedimiento abreviado; estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el liberado condicional, siendo necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido.

Como se ha dicho, las víctimas del delito también están legitimadas para recurrir la libertad condicional del penado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión, y hayan manifestado ante el juez de vigilancia penitenciaria su voluntad de ser notificadas. En este caso, la Conclusión 9ª de las de las jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016, establece que: “los recursos de la víctima contra los autos del JVP regulados en el art. 13.1 LEV solo podrán tener efecto suspensivo en el supuesto de la letra c), relativo a la libertad condicional, por aplicación de lo dispuesto en la D.A. 5, 5ª LOPJ. No se dará el efecto suspensivo en los supuestos de las letras a) y b) del citado artículo, por no referirse a materias de clasificación”.

La motivación para llegar a esta conclusión es la siguiente: “respecto del posible efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por la víctima, nada dice la LEV. El art. 13 LEV cabe entender que integra la DA 5ª, de tal suerte que cuando el penado lo sea por delito grave y la resolución impugnada pueda dar lugar a la excarcelación del mismo, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad hasta que el órgano sentenciador competente para su resolución resuelva el recurso o, en su caso, se pronuncie sobre dicha suspensión. En todo caso, será necesario que el Juez de Vigilancia se pronuncie expresamente sobre si admite el recurso en uno o dos efectos. Resulta claro que no suspenderá la ejecución en los supuestos de las letras a) y b) por las que el JVP acuerda la vuelta al régimen general en relación con el art. 36.2 y 78 CP, pues el período de seguridad no es en puridad una resolución clasificatoria, sino la

dispensa de un óbice para que pueda dictarla la Administración Penitenciaria, y tampoco lo es la del art. 78”.

Finalmente, sólo resta analizar los recursos que proceden frente al auto concediendo, o no, la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR y subsiguiente libertad condicional, cuya competencia, como se ha dicho, recae directamente en el Tribunal sentenciador, por lo que sólo será posible interponer contra el mismo recurso de súplica a la vista del art. 238 LECR.

No cabrá, pues, interponer recurso de apelación ni recurso de casación para unificación de doctrina, con lo que, en palabras de CASTILLO FELIPE, “se obvia la variable de la falibilidad humana y no parece razonable mantener privado de libertad a un sujeto que está en condiciones de acceder a la libertad condicional – máxime cuando ya permaneció una considerable cantidad de tiempo en prisión-, al igual que tampoco lo es acordar la puesta en libertad condicional de aquél que no está preparado para disfrutarla sin que el Ministerio Fiscal pueda recurrir tal decisión, pues lo que no puede perderse de vista en ningún caso es que la ausencia de un recurso devolutivo puede degenerar en situaciones de injusticia de uno y otro tipo, lo que haría deseable algunas precisiones en este punto”<sup>419</sup>.

---

<sup>419</sup> CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución...”, pág. 7.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo trata de las formas sustitutivas de la ejecución de las condenas privativas de libertad que el Código Penal de 1995 regula en el capítulo III del Libro I, bajo la rúbrica “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”. Este capítulo ha sufrido una importante reforma a raíz de la publicación y entrada en vigor, el pasado 1 de julio de 2015, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que afecta a todo su articulado.

Se reunifican en un solo instituto las diferentes suspensiones de la ejecución y sustitución de las penas, suprimiendo la tradicional sustitución de la pena de prisión regulada en el derogado art. 88 CP, que permitía la sustitución de las condenas de prisión de un año y excepcionalmente de dos, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, e incluyendo el contenido penológico de esas penas sustitutas como “prestaciones o medidas” susceptibles de imponerse, al margen de las reglas de conducta, en la suspensión de la ejecución de la pena. El régimen de la sustitución queda ahora reducido a la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a un ciudadano extranjero por la expulsión del territorio nacional. Finalmente, la libertad condicional pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena que resta por cumplir.

En cualquier caso, las formas sustitutivas de la ejecución de las condenas privativas de libertad son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena, y, como tales, entendemos que deberían estar reguladas en una Ley procesal penal, y no en el Código Penal.

**PRIMERA.-** La sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión del territorio español, amplía su ámbito subjetivo a cualquier extranjero, independientemente de cuál sea su situación administrativa en España, es decir, se extiende a todos los extranjeros. Será, pues, la carencia de nacionalidad española del penado, y no su condición administrativa de residencia, el presupuesto para decretar su expulsión.

Generalizar la expulsión sustitutiva a todos los ciudadanos extranjeros, incluyendo a los extranjeros en situación regular, plantea una situación discriminatoria, pues ante la comisión de un mismo hecho delictivo, el extranjero se enfrenta a unas consecuencias cualitativamente distintas de las que afrontan los ciudadanos nacionales.

**SEGUNDA.-** La solución para el tratamiento de la delincuencia cometida por ciudadanos extranjeros pasa, a nuestro juicio, por el cumplimiento de las condenas en sus países de origen, es decir, en el lugar donde verdaderamente radique su arraigo, donde se incrementarán, sin duda, sus posibilidades de reinserción social. Fuera del ámbito de la UE, sería deseable una política más activa en el ámbito de la cooperación internacional en materia de justicia, al objeto de facilitar el cumplimiento de la pena en sus países de origen a los extranjeros no comunitarios.

Lo razonable sería que cuando un extranjero cometa un delito en España, y sea condenado por ello, cumpla la pena en las mismas condiciones que un nacional, y después, si carece de arraigo relevante en España, fuese valorada su expulsión, articulando, en la medida de lo posible, un sistema que evitara el enfrentamiento entre las finalidades que persigue la expulsión y los fines de la pena privativa de libertad.

**TERCERA.-** Uno de los aspectos más importantes de la reforma del art. 89 CP consiste en que la posibilidad de sustituir la pena por expulsión también se extiende a los ciudadanos de la Unión Europea y de los países en los que se aplica el régimen comunitario, aunque para ellos el precepto establece, por exigencias inherentes a la jerarquía de las fuentes del Derecho, un régimen especial respetuoso con las restricciones que a la expulsión imponen los Tratados constitutivos y el Derecho derivado de la Unión Europea.

Así, los ciudadanos de la UE y de los países en los que se aplica el régimen comunitario, sólo pueden sufrir la expulsión sustitutiva del art. 89 CP si representan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública de nuestro país. Una amenaza de menor intensidad quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 89.4, 2 CP.

Cuando el penado sea miembro de la familia de un ciudadano de la UE residente en España, deberá serle aplicado el régimen previsto en los párrafos segundo y tercero del art. 89.4 CP, y no el régimen común previsto en el art. 89 CP. A la misma conclusión se habrá de llegar cuando se trate de un familiar de un ciudadano español; cuando el ciudadano español ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y regresa a España a residir, sus familiares están amparados por el régimen especial de protección ante la expulsión.

Por miembros de la familia se ha de entender, conforme al art. 2.2.2) de la Directiva 2004/38/CE, al cónyuge, la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja, y los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja.

Sería oportuno que los presupuestos y requisitos de la formulación del art. 89 CP coincidieran literalmente con lo dispuesto en la normativa europea, al objeto de facilitar una interpretación y aplicación homogénea en toda la Unión.

**CUARTA.-** Con la reforma del art. 89 CP, lo normal será la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por su expulsión del territorio español. Sólo excepcionalmente, por razones de prevención general (para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito), el juez o tribunal podrá acordar la ejecución, total o parcial, de la pena.

Este criterio de prevención general puede ser susceptible de diversas interpretaciones, y otorga al juez o tribunal un amplio margen de discrecionalidad sin sujeción a criterios claros, dado que la “defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida” son finalidades que toda pena cumple, y resulta difícil comprender cómo los jueces pueden valorar en qué casos excepcionales habría una necesidad de asegurar que tales finalidades solo se pueden cumplir mediante la efectiva ejecución de la pena. Será imprescindible una escrupulosa motivación para acordar que el extranjero cumpla toda o parte de la condena en España.

**QUINTA.-** Nos merece una valoración muy positiva la consagración en el art. 89.4 CP del principio de proporcionalidad, así como la consideración a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular, su arraigo. Se recoge, de este modo, en nuestro derecho positivo la doctrina jurisprudencial que reiteradamente desterraba todo automatismo en la adopción de la medida de expulsión del extranjero, exigiendo que se procediese a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto.

El principio de proporcionalidad puede llegar a funcionar como una excepción absoluta a la expulsión sustitutiva, basada en los intereses del condenado, excluyendo, a nuestro juicio, toda posibilidad de expulsión, incluso como sustitutivo parcial, que resulte objetiva y subjetivamente desproporcionada. Por ello, es indiferente que la expulsión se haya acordado en sentencia o en auto posterior, porque llegado el momento de materializarla, si se acreditan circunstancias sobrevenidas con posterioridad que supongan una situación de arraigo del extranjero en España, se tendrá que abrir la posibilidad de plantear un incidente en la ejecutoria con la finalidad de dejar sin efecto la expulsión acordada.

**SEXTA.-** La nueva regulación de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad es mucho más exhaustiva, instaurando un sistema unitario de suspensión de la ejecución de la pena, con diversas alternativas, entre las que se incluye la anterior sustitución de penas de prisión (del derogado art. 88 CP), que pasa a ser una modalidad de la suspensión. Con ello se ha pretendido otorgar mayor rapidez a las ejecuciones, evitando los sucesivos trámites de suspensión, sustitución o algunas de las suspensiones especiales que se contemplan el Código y que solían darse en la práctica de forma sucesiva. Se trata, a nuestro juicio, de uno de los mayores aciertos de la reforma.

**SÉPTIMA.-** La suspensión de la ejecución de la pena es un instrumento de política criminal eficaz y necesario en una sociedad avanzada, como fórmula alternativa que evite la ejecución de penas de prisión de corta duración dado que su ejecución podría resultar contraria a la función preventiva asignada a la pena tanto desde la perspectiva preventivo-especial, como incluso desde la perspectiva preventivo-general.

El criterio que el art. 80 CP ofrece al tribunal para resolver sobre la suspensión de la pena, no es evitar el previsible efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, sino precisamente que con el proceso y la condena la prevención especial está cumplida, que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos.

Por ello pensamos que la suspensión de esa primera condena no debe quedar limitada a las penas privativas de libertad, porque no solo éstas tienen efectos desocializadores; los puede tener también la multa, cuando sea difícil para el penado hacerle frente y suponga un gran quebranto para la economía familiar; o ciertas privaciones de derechos que excluyen al condenado de la vida ordinaria de la sociedad,

impidiéndole desempeñar su actividad profesional y privándolo de los ingresos que dicha actividad le reporta.

Hay casos en los que comprobar que la amenaza se cumple (que el delito se descubre, que hay proceso y también condena) sería suficientemente disuasorio, cumpliendo con los fines de prevención especial. Por ello, *de lege ferenda*, defendemos que, para un determinado grupo grande de delitos, que naturalmente excluyera los más graves, pero que abarcara un número mayor del que actualmente se contempla, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena debería evolucionar hacia una oportunidad que se concediera a los penados en su primera condena, siempre que concurren en ellos los criterios que determina la ley, estableciendo medidas de cumplimiento obligatorio y, por supuesto, con control.

**OCTAVA.-** Valoramos positivamente algunas modificaciones introducidas en la regulación de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena previstas en el art. 80.2 CP, pues dotan de mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial al sistema desde la perspectiva de prevención especial.

Se mantiene la primariedad delictiva como condicionante de la suspensión ordinaria, sólo que ahora, a esos efectos, además de no tenerse en cuenta ni las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales cancelados o cancelables, se aclara, y esta es la novedad, que tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. No era razonable que un individuo que hubiera cumplido todas las obligaciones impuestas para la suspensión, tuviera que cumplir la pena suspendida por haber cometido el “error” de, por ejemplo, ser sorprendido conduciendo un vehículo superando la tasa de alcoholemia penalmente permitida, cuando en realidad la conexión para valorar la peligrosidad de este delito con el que dio lugar a la suspensión es del todo inexistente.

El legislador ha acertado, pues, al evitar el automatismo tanto en la denegación como en la revocación de la suspensión, pero ha desaprovechado la oportunidad de resolver la duda que se plantea en cuanto al momento en el que debe valorarse la concurrencia de antecedentes penales, si en el momento de la comisión del delito, o en el de decidir sobre la suspensión. A nuestro entender, y en una interpretación *in favor libertatis*, no se deben tener en cuenta los antecedentes penales vigentes al tiempo de



cometer el delito, si en el momento de resolver sobre la concesión o denegación de la suspensión han sido ya cancelados o hubieran podido serlo, precisamente, porque el paso del tiempo necesario para la cancelación de dichos antecedentes revela una menor peligrosidad.

**NOVENA.-** Para acceder a la suspensión de la ejecución de la condena se mantiene también el requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, si bien, se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacerlas de acuerdo con su capacidad económica, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que se determine, para lo cual el tribunal podrá exigir ciertas evidencias de la voluntad de cumplir dicho compromiso y ciertas garantías. Este sistema, aunque no está exento de problemas, presenta, a nuestro juicio, indudables ventajas, pues permite resolver sobre la suspensión sin esperar a la satisfacción íntegra de las responsabilidades civiles, y, al ser considerada la voluntad o compromiso de pago como elemento que beneficia la suspensión, resulta razonable que se considere como causa de revocación que el condenado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

Nos parece también un acierto que se exija para concesión de la suspensión que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia, porque de esta manera se hace recaer sobre el órgano jurisdiccional y no sobre el reo en exclusiva, la contribución al pago de la responsabilidad civil, pues muchas veces se denegaba la suspensión por no haber satisfecho ésta mientras existían bienes suficientes para afrontarla. Ahora, parte del producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias decomisados quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles, y solo en el caso de que no sea suficiente, se requerirá al penado el pago del resto.

Este requisito también se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine; aquí lo relevante será que a lo largo de la tramitación del procedimiento no se hayan detectado comportamientos del reo reveladores de una voluntad obstructiva para que se lleve a

efecto la intervención, depósito o embargo de los bienes y derechos aprehendidos o identificados en el curso del procedimiento, o sus correspondientes equivalentes económicos, siendo causa de revocación de la suspensión el hecho de que el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado.

**DÉCIMA.-** El art. 82.1 CP nos brinda dos momentos para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena: el primero y preferente será en la propia sentencia, siempre, claro está, que sea posible, es decir, siempre que el órgano jurisdiccional disponga de los elementos necesarios para acordar lo procedente; cuando no sea así, la suspensión de la ejecución de la pena se acordará en auto posterior, una vez firme la sentencia.

No obstante, aunque el precepto contiene, sin duda, una previsión bien intencionada, pues pretende una decisión equiparable en rapidez a la adoptada sobre el fondo del asunto, no nos parece la solución más conveniente para el acusado, pues implica la necesidad de alegar y probar en torno a los presupuestos de la suspensión durante el juicio oral, dando por sentada la condena. Lo cierto es que en la realidad de los juzgados, lo habitual es resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena en la propia sentencia exclusivamente cuando ésta sea de conformidad y además no existan responsabilidades civiles.

**DECIMOPRIMERA.-** Nos parece muy criticable que todavía no se haya articulado un trámite a seguir para acordar la suspensión de la ejecución de las penas, porque si la ley no lo regula, se corre el riesgo, como así ocurre en la práctica, de que sea cada órgano jurisdiccional el que se organice para resolverlo todo con acierto, con la consiguiente inseguridad jurídica que esto provoca.

A falta de previsión legal, pensamos que el trámite más adecuado para decidir con rapidez y eficacia sobre el tipo de suspensión más conveniente para el penado sería que el juez o tribunal convocase a las partes a una vista oral, a la que el condenado, asistido de su abogado, acudiría con los medios de prueba de que intente valerse para acreditar que cumple los requisitos necesarios para obtener la suspensión pretendida. Esta comparecencia permitiría oír a las partes, y también a la víctima o perjudicado cuando la ley así lo dispone, sobre el plazo de suspensión y sobre la forma de realizar el pago de las responsabilidades civiles así como, en su caso, sobre el decomiso acordado, dictándose a continuación la resolución que procediera. Esto permitiría notificar

inmediatamente el auto de suspensión al penado, haciéndole los requerimientos y apercibimientos necesarios para cumplirla.

**DECIMOSEGUNDA.-** Valoramos positivamente que el legislador haya abordado el *dies a quo* del plazo de suspensión, ofreciendo así seguridad jurídica a esta cuestión, aunque pensamos que no lo ha hecho de la forma más acertada.

El art. 82.2 CP dispone que el plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución en que ésta se acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme. No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía.

Esta solución, como decíamos, no es la más acertada a nuestro juicio, porque teniendo en cuenta que la rebeldía requiere de una declaración específica, que no es automática, sino que se alcanza tras una serie de actuaciones, surgirá la duda sobre si el tiempo que medie entre la resolución que acuerda la suspensión y la declaración de rebeldía computa o no como plazo de suspensión; y cuando no llega a haber declaración de rebeldía porque el penado es localizado poco antes de producirse tal declaración, si todo ese tiempo transcurrido cuenta o no como de suspensión.

Pensamos que hubiera sido preferible que el CP fijara como *dies a quo* el de la notificación de la resolución en la que se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena personalmente al penado, pues la eficacia preventiva especial de la suspensión depende, en buena medida, de que el penado conozca que aquélla ha sido acordada, el plazo de suspensión y las condiciones fijadas para mantenerla, lo que resulta además más coherente con el fundamento de la suspensión y su naturaleza de forma sustitutiva del cumplimiento de la pena, que permite extinguir la responsabilidad criminal.

**DECIMOTERCERA.-** Se produce un profundo cambio en la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que ahora se identifica con una institución –la suspensión– que pretende evitar el ingreso de una persona en prisión, mientras que la libertad condicional, tradicionalmente, ha estado dirigida a anticipar la excarcelación del penado.

El cambio fundamental que se deriva de esta modificación en la concepción de la naturaleza jurídica de la libertad condicional radica en que la libertad condicional deja de ser una forma específica de cumplimiento de la pena privativa de libertad (el

cuarto y último grado, como era considerada habitualmente), convirtiéndose en la suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un determinado plazo, entre 2 y 5 años, computable desde la puesta en libertad del penado. Si durante ese plazo el penado no comete un delito y cumple las condiciones que le hayan sido impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; si, por el contrario, delinque o incumple gravemente las condiciones, la libertad le será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin abono del tiempo de la suspensión.

Con este cambio pensamos que el legislador ha pretendido generalizar la excepción del régimen de la libertad condicional establecida para delincuentes terroristas en el derogado art. 93 CP, consistente en no computar el tiempo en libertad condicional en caso de revocación como tiempo de ejecución de la pena de prisión.

**DECIMOCUARTA.-** Para poder obtener la libertad condicional el penado tendrá que cumplir los requisitos de estar clasificado en tercer grado penitenciario; haber extinguido las tres cuartas partes de su condena; y haber observado buena conducta; también será necesario que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

En el sistema de individualización científica que proclama el art. 72 LOGP, resulta imprescindible sumar todas las penas pendientes de cumplir por un interno y reducirlas a una unidad penológica, sobre la que se deberá operar y que marcará los hitos temporales en la ejecución. La refundición de penas se practica, de oficio, por la oficina de gestión penitenciaria, y en ella se deberá tener en cuenta lo que el tribunal sentenciador haya acordado, en la sentencia o en auto posterior, sobre la acumulación jurídica, que condicionará completamente los cálculos de la refundición.

El art. 78.1 CP dispone que si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el art. 76.1 CP (acumulación jurídica de penas con un máximo de cumplimiento), la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Así, por ejemplo, un sujeto condenado a 7 penas de 3 años de prisión cada una (hacen un total de 21 años, siendo la mitad de la misma 10 años y 6 meses); como quiera que la pena a cumplir será de 9 años de prisión (el triplo de la mayor *ex* art. 76.1

CP) y ésta es una pena inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, que es de 10 años y 6 meses, el cómputo del plazo para la libertad condicional sólo podrá referirse a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, es decir, a 21 años:  $3/4$  de 21 = 15 años y 9 meses; pero como extingue la pena acumulada a los 9 años, no hay posibilidad de libertad condicional, de modo que todo el tiempo de ejecución de su condena lo va a pasar en prisión.

No obstante, en estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

En el ejemplo anterior, si el juez de vigilancia penitenciaria acordara la aplicación del régimen general de cumplimiento, el cómputo del plazo para la libertad condicional se haría sobre la pena máxima de cumplimiento, es decir, 9 años de prisión:  $3/4$  de 9 = 6 años y 9 meses.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

Por ejemplo, si el máximo de cumplimiento fuera de 40 años (supuesto d) del art. 76.1 CP), la octava parte de 40 años, sería 5 años, de modo que la libertad condicional sólo podría ser concedida a partir de los 35 años de prisión ( $40-5=35$ ).

**DECIMOQUINTA.-** Se introduce una nueva modalidad privilegiada y excepcional de libertad condicional que será aplicable a los penados que cumplan su primera condena de prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena que no supere los tres años de duración. En estos casos se adelantará la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena, si cumplen el resto de los requisitos exigidos en el art. 90.3 CP. Se trata, como dice el Preámbulo de la LO 1/2015, de ofrecer “nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presenten un pronóstico favorable de reinserción”.

Está prevista, excepcionalmente, para penados que no hayan podido acceder a ninguna de las modalidades de suspensión de la ejecución de la pena existentes, por superar el límite penológico exigido o por otro motivo, pero que presentan un pronóstico favorable de reinserción. En estos casos, una vez extinguida en prisión la mitad de su condena, y cumplido el requisito previsto de participar en actividades laborales, culturales u ocupacionales, podrán acceder a la suspensión de la ejecución de la otra mitad, por un plazo mínimo de 2 años y máximo de 5 años.

Esta previsión bien intencionada no nos parece beneficiosa para el reo, pues siempre va a resultarle más onerosa que el tercer grado, al que podría acceder mucho antes de haber cumplido la mitad de la condena, y más cuando este tipo de libertad condicional está prevista para delincuentes que presenten un pronóstico favorable de reinserción.

Además, la mitad de la condena que resta por cumplir, que en el peor de los casos será de un año y medio, es inferior a los dos años de suspensión que, como mínimo, exige el precepto, por lo que su concesión provocará siempre y en todo caso que el licenciamiento definitivo se vea desplazado más allá de la fecha prevista para ello; a esto hay que añadir el previsible sometimiento a las reglas de conducta propias de la suspensión o libertad condicional y, sobre todo, al riesgo de que el periodo de tiempo en libertad condicional, en caso de revocación, no sería computado para el cumplimiento de la pena.

**DECIMOSEXTA.-** El art. 90.7 CP dispone que “El juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada”.

Parece claro, tras la lectura del precepto, que la competencia para resolver sobre la libertad condicional la tiene el Juez de Vigilancia Penitenciaria, pero, seguidamente, se atribuye al “juez o tribunal” la competencia para fijar un plazo en el que el penado no podrá reiterar su pretensión; esta contradicción no resulta justificable y entendemos que ha de tratarse de un error del legislador, pues el art. 72.2.b) LOGP atribuye al juez de vigilancia penitenciaria la competencia para resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

Igualmente resulta incongruente en la redacción del precepto que por un lado sea el juez de vigilancia penitenciaria quien resuelva “de oficio”, y por otro se establezca que lo hará “a petición del penado”. Lo cierto es que podrán darse ambas posibilidades.

Conforme a nuestra legislación penitenciaria, para que un condenado pueda ser puesto en libertad condicional se requiere, además de los requisitos exigidos por la ley, que la Junta de Tratamiento del centro penitenciario adopte un Acuerdo de incoación o iniciación del expediente de libertad, con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión, en su caso, de la libertad condicional.

Así, por un lado, la actuación “de oficio” del juez de vigilancia penitenciaria, debe entenderse activada con la recepción del expediente de libertad condicional remitido por la dirección del centro penitenciario. Y por otro, la “petición del penado” se refiere al penado que estima que cumple los requisitos para la libertad condicional, y la Junta de Tratamiento no ha considerado procedente iniciar el expediente, que podrá solicitar la libertad condicional directamente ante el Juez de Vigilancia Penitencia, quien, tras recabar los informes oportunos del establecimiento penitenciario, si lo desestima, podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.

**DECIMOSÉPTIMA.-** El CP introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable (PPR) como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena.

Viene regulada en el art. 92 CP, que dispone: “el tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable...”

Nos parece criticable que se atribuya la competencia para conocer de este tipo de libertad condicional al tribunal sentenciador, pues no tiene ningún sentido, e implica, además, la derogación tácita de los preceptos de la legislación penitenciaria que encomiendan al juez de vigilancia penitenciaria la concesión de la libertad condicional. Recordemos que el art. 76.2 b) LOGP atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la resolución de las propuestas de libertad condicional de los penados y la revocación de la libertad condicional en caso de incumplimiento de los requisitos legales. No parece justificado que ésta sea la única modalidad de libertad condicional que acuerde el tribunal sentenciador, tratándose, además, de la que temporalmente estará más lejos de

la intervención de este tribunal, precisamente porque se trata de penas de muy larga duración.

No obstante estas previsiones, no nos parece que el Tribunal sentenciador sea el órgano adecuado para resolver sobre la revisión de la PPR, pues, aunque el art. 92.1 c) CP prevea la remisión de informes de evolución del penado, dicho órgano jurisdiccional no podrá alcanzar con ellos el grado de conocimiento sobre la situación del penado que podría alcanzar el Juez de Vigilancia Penitenciaria; además, el examen por Tribunal colegiado siempre podría lograrse mediante el recurso contra la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El art. 92. 3 *in fine*, atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para revocar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional. Carece de toda lógica que sea el Tribunal sentenciador quien valore las circunstancias que determinan la concesión de la libertad condicional y un Juez de Vigilancia Penitenciaria quien decida si han variado las circunstancias que no valoró inicialmente; tendría que ser el mismo órgano quien proceda a revisar y, en su caso, revocar la suspensión de la ejecución de la pena y libertad condicional.



## **JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEDH de 18 de febrero de 1991, Caso Moustaquim contra Bélgica, TEDH\1991\3.

STEDH de 13 de julio de 1995, Caso Nasri contra Francia, TEDH\1995\23.

STJUE de 11 de julio de 2002, Asunto C-60/00 Carpenter contra Reino Unido, TEDH\1995\23.

STEDH de 18 de octubre de 2006, (Gran Sala), Caso Üner contra Países Bajos, JUR\2007\252584.

### **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

TJUE (Sala Primera), de 27 de abril de 2006, en el asunto Comisión contra Alemania, TJCE\2006\123.

STJUE (Gran Sala), de 23 de noviembre de 2010, Caso Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis, TJCE\2010\354.

STJUE (Sala Primera), de 8 de diciembre de 2011, Caso Nural Ziebell contra Württemberg, TJCE\2011\393.

STJUE (Gran Sala), de 22 de mayo de 2012, Caso P.I. contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, TJCE\2012\119.

STJUE (Sala Segunda) de 16 de enero de 2014, Caso Secretary of State for the Home Department Sra. G, TJCE\2014\10.

STJUE (Gran Sala), de 12 de marzo de 2014, Caso O. y B. contra Minister voor Immigratie, TJCE\2014\90

STJUE (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2016, Caso Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado, JUR\2016\262084.

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

#### **Sentencias:**

STC, Sala 2ª, núm. 42/1982, de 5 de julio, RTC\1982\42.

STC, Sala 1ª, núm. 166/1993, de 20 de mayo, RTC\1993\166.

STC, Sala 1ª, núm. 209/1993, de 28 de junio, RTC\1993\209.

STC, Sala 1ª, núm. 242/1994, de 20 de julio, RTC\1994\242.

STC, Sala 2ª, núm. 48/1996, de 25 de marzo, RTC\1996\48.

STC, Sala 1ª, núm. 203/1997, de 25 de noviembre, RTC\1997\203.

STC, Sala 1ª, núm. 25/2000, de 31 de enero, RTC\2000\25.

STC, Pleno, núm. 120/2000, de 10 de mayo, RTC\2000\120.

STC, Sala 2ª, núm. 264/2000, de 13 de noviembre, RTC\2000\264.

STC, Sala 1ª, núm. 8/2001, de 15 de enero, RTC\2001\8.

STC, Sala 1ª, núm. 5/2002, de 14 de enero, RTC\2002\5.

STC, Sala 1ª, núm. 110/2003, de 16 de junio, RTC\2003\110.

STC, Sala 1ª, núm. 202/2004, de 15 de noviembre, RTC\2004\202.

STC, Sala 1ª, núm. 248/2004, de 20 de diciembre, RTC\2004\248.

STC, Sala 2ª, núm. 251/2005, de 10 de octubre, RTC\2005\251.

STC, Sala 2ª, núm. 222/2007, de 8 de octubre, RTC\2007\222.

STC, Sala 2ª, núm. 97/2010, de 15 de noviembre, RTC\2010\97.

STC, Sala 2ª, núm. 81/2014, de 28 de mayo, RTC\2014\81.

**Autos:**

ATC, Sala 1ª, núm. 106/1997, de 17 de abril, RTC\1997\106.

ATC, Pleno, núm. 180/2015, de 3 de noviembre, RTC\2015\180.

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sentencias:**

STS, Sala 2ª, núm. 2134/1994, de 7 de diciembre, RJ\1994\10070

STS, Sala 2ª, núm. 372/1999, de 23 de febrero, RJ\1999\1182.

STS, Sala 2ª, núm. 950/1999, de 19 de julio, RJ\1999\6508.

STS, Sala 2ª, núm. 1200/2000, 5 de julio, RJ\2000\6606.

STS, Sala 2ª, núm. 1196/2000, de 17 de julio, RJ\2000\7112.

STS, Sala 2ª, núm. 409/2002, de 7 de marzo, RJ\2002\3591.

STS, Sala 2ª, núm. 539/2002, de 25 de marzo, RJ\2002\4028.

STS, Sala 2ª, núm. 809/2002, de 30 de abril, RJ\2002\7025.

STS, Sala 2ª, núm. 349/2004, de 18 de marzo, RJ\2004\3120.

STS, Sala 2ª, núm. 901/2004, de 8 de julio, RJ\2004\4291.

STS, Sala 2ª, núm. 952/2004, de 15 de julio, RJ\2004\7289.

STS, Sala 2ª, núm. 906/2005, de 8 de julio, RJ\2005\9204.

STS, Sala 2ª, núm. 1099/2006, de 13 de noviembre, RJ\2006\7145.

STS, Sala 2ª, núm. 1231/2006, de 23 de noviembre, RJ\2007\436.

STS, Sala 2ª, núm. 1177/2006, de 1 de diciembre, RJ\2007\78.

STS, Sala 2ª, núm. 148/2008, de 8 de abril, RJ\2008\3573.

STS, Sala 2ª, núm. 16/2009 de 27 de enero (RJ\2010\661).

STS, Sala 2ª, núm. 165/2009, de 19 de febrero, RJ\2009\1776.

STS, Sala 2ª, núm. 273/2009, de 25 de marzo, RJ\2009\2376.

STS, Sala 2ª, núm. 498/2009, de 30 de abril, RJ\2009\3487.

STS, Sala 2ª, núm. 949/2009, de 28 de septiembre, RJ\2009\7438.

STS, Sala 2ª, núm. 457/2010, de 25 de mayo, RJ\2010\6143.

STS, Sala 2ª, núm. 531/2010, de 4 de junio, RJ\2010\6640.

STS, Sala 2ª, núm. 450/2012, de 24 de mayo, RJ\2012\6557.

STS, Sala 2ª, núm. 588/2012, de 29 de junio, JR\2012\7071.

STS, Sala 2ª, núm. 822/2012, de 31 de octubre, RJ\2012\10575.

STS, Sala 2ª, núm. 132/2014, de 20 de febrero, RJ\2014\1869.

STS, Sala 2ª, núm. 716/2014, de 29 de octubre, RJ\2014\5266.

STS, Sala 2ª, núm. 483/2016, de 3 de junio, RJ\2016\2747.

STS, Sala 2ª, núm. 927/2016, de 14 de diciembre, JR\2016\5991.

**Autos:**

ATS, Sala 2ª, de 29 de mayo de 2001, RJ\2001\4638.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, de 14 de junio de 2005, JUR\2006\152248.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 1527/2009, de 25 de junio, JUR\2009\328132.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 926/2012, de 31 de mayo, JUR\2012\204274.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 1568/2013, de 27 de junio, JUR\2013\306605.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 1670/2013, de 26 de septiembre, JUR\2013\316246.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, núm. 449/2016, de 28 de enero, RJ\2016\1454.

ATS, Sala 2ª, Sec. 1ª, de 15 de febrero de 2016, RJ\2016\721.

**AUDIENCIAS PROVINCIALES**

**Sentencias:**

SAP de Barcelona, Sec. 3ª, núm. 796/2009, de 18 de septiembre, JUR\2009\461645.

SAP de Barcelona, Sec. 6ª, núm. 614/2016, de 14 de julio, JUR\2016\209661

SAP de Las Palmas, Sec. 1ª, núm. 272/2015, de 23 de noviembre, JUR\2016\23931

SAP de Madrid, Sección 16, núm. 802/2015, de 26 de noviembre, JUR\2015\306311

SAP de Valencia, Sec. 2ª, núm. 186/2016, de 6 de abril, JUR\2016\144423.

**Autos:**

AAP de Barcelona, Sec. 9ª, núm. 811/2005, de 31 de mayo, ARP\2005\463.

AAP de Barcelona, Sec. 6ª, núm. 649/2005, de 14 de octubre, ARP\2006\49.

AAP de Barcelona, Sec. 9ª, núm. 146/2007, de 4 de mayo, JUR\2007\279944.

AAP de Barcelona, Sec. 2ª, núm. 472/2012, de 29 de mayo, JUR\2012\268674.

AAP de Barcelona, Sec. 21, núm. 1257/2015, de 11 de agosto, JUR\2015\261818.

AAP de Barcelona, Sec. 21ª, de 21 de marzo de 2016, JUR\2016\71867.

AAP de Barcelona, Sec. 7ª, núm. 680/2016, de 29 de septiembre, JUR\2017\29681.

AAP de Barcelona, Sec. 9, núm. 799/2016, de 14 de diciembre, JUR\2017\38686.

AAP de Burgos, Sec. 1ª, núm. 755/2009, de 11 de noviembre, JUR\2009\496475.

AAP de Burgos, Sec. 1ª, núm. 565/2011, de 20 de octubre, JUR\2011\397127.

AAP de Cádiz, Sec. 8ª, núm. 73/2002, de 18 de junio, JUR\2002\251515.

AAP de Cádiz, Sec. 6ª, sede Ceuta, núm. 114/2006, de 8 de septiembre, JUR\2006\184845.

AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 370/2015, de 3 de septiembre, JUR\2015\271246.

APP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 393/2015, de 22 de septiembre, JUR\2015\269200.

AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 44/2016, de 11 de febrero, ARP\2016\403.

AAP de Cantabria, Sec. 3ª, núm. 163/2016, de 1 de abril, JUR\2016\170254.

AAP de Castellón, Sec. 1ª, núm. 791/2016, de 14 de noviembre, JUR\2017\12447.

AAP de Castellón, Sec. 1ª, núm. 13/2017, de 12 de enero, JUR\2017\42673.

AAP de Granada, Sec. 2ª, núm. 326/2008, de 6 de junio, JUR\2009\32447

AAP de Guipúzcoa, Sec. 1ª, núm. 250/2007, de 08 de octubre, JUR\2008\34339

AAP de Huelva, Sec. 1ª, núm. 66/2005, de 02 de junio, JUR\2005\225314

AAP de Islas Baleares, Sec. 1ª, núm. 219/2010, de 13 de mayo, JUR\2010\239450

AAP de Jaén, Sec. 2ª, núm. 90/2016, de 12 de abril, JUR\2016\187838

AAP de Jaén, Sec. 2ª, núm. 676/2016, de 3 de noviembre, JUR\2017\9707

AAP de Jaén, Sec. 2ª, núm. 740/2016, de 29 de noviembre, JUR\2017\10084.

AAP de Las Palmas, Sec. 2ª, núm. 585/2006, de 28 de septiembre, JUR\2006\1940.

AAP de Las Palmas, Sec. 1ª, núm. 623/2016, de 3 de octubre de, JUR\2017\19332

AAP de Madrid, Sec. 5ª, núm. 1864/2004, de 25 de junio, JUR\2004\235354.

AAP de Madrid, Sec. 6ª, núm. 518/2008, de 24 de julio, JUR\2008\290143

AAP de Madrid, Sec. 17, núm. 1030/2009, de 5 de octubre, JUR\2010\21297

AAP de Málaga, Sec. 7ª sede Melilla, núm. 5/2017, de 16 de enero.

AAP de Murcia, Sec. 5ª, núm. 101/2006, de 5 de junio, JUR\2006\253514.

AAP de Navarra, Sec. 2ª, núm. 257/2016, de 27 de septiembre, JUR\2016\248457.

AAP de Pontevedra, Sec. 2ª, núm. 265/2009, de 19 de junio, JUR\2009\309463.

AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5ª, núm. 673/2016, de 7 de octubre, JUR\2017\21159.

AAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 20 de junio de 2002, JUR\2002\251593.

AAP de Sevilla, Sec. 1ª, núm. 430/2006, de 29 de septiembre, JUR\2007\123936.

AAP de Sevilla, Sec. 4ª, núm. 569/2006, de 30 de octubre, JUR\2007\12341.

AAP de Sevilla, Sec. 4ª, núm. 300/2016, de 13 de junio, JUR\2016\197312.

AAP de Sevilla, Sec. 7ª, núm. 988/2016, de 10 de octubre, JUR\2017\1316.

AAP de Tarragona, Sec. 2ª, núm. 528/2008, de 17 de noviembre, JUR\2009\74518.

AAP de Tarragona, Sec. 2ª, núm. 763/2016, de 7 de octubre, JUR\2017\34679.

AAP de Zaragoza, Sec. 3ª, núm. 183/2002, de 11 de julio, JUR\2002\227460.

AAP de Zaragoza, Sec. 6ª, núm. 67/2009, de 11 de febrero, JUR\2009\190862.

## **AUDIENCIA NACIONAL**

AAN, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, núm. 359/2012, de 19 de septiembre, ARP\2012\967

## **JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

AJCVP de 7 de agosto de 2015, ARP\2015\731.

## **JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

AJVP nº 3 de Madrid, de 18 de septiembre de 2015.

AJVP nº 5 de Madrid, de 3 de noviembre de 2016, Rec. 6889/2016 (La Ley 152092/2016).

AJVP nº 3 de Madrid, de 30 de diciembre de 2016.

AJVP nº 3 de Málaga, núm. 3842/2015, de 3 de agosto, JUR\2015\195476.

AJVP nº 3 de Málaga, núm. 3842/2015, de 8 de agosto, JUR\2015\195476.

AJVP nº 3 de Málaga, núm. 1529/2016, de 8 de abril, ARP\2016\217.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A.L., *La víctima en la justicia penal (El Estatuto jurídico de la víctima del delito)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”, *Revista Diario La Ley*, nº 6160, año XXVI, 3 Enero, 2005.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2012.
- BARQUÍN SANZ, J., “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R., “Alternativas a la pena de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *Las últimas reformas penales*, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, III, 2005.
- BOZA MARTÍNEZ, D., “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 11, 2006.
- BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CÁMARA ARROYO, S., y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La Prisión Permanente Revisable: el Ocaso del Humanismo Penal y Penitenciario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8175, 22 de octubre de 2013.
- GONZÁLEZ CUENCA, A. “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por expulsión (arts. 83, 84, 85,



- 86, 87, 308 bis y 89)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- CAÑADAS SANTAMARÍA, J.O., “Antecedentes penales y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad” *Diario La Ley*, nº 7382, 2010.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable”, *La Ley Penal*, nº 115, 1 de julio de 2015.
- CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, *Las últimas reformas penales*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, III, 2005.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena”, *La Ley Penal*, nº 106, 1 de enero de 2014.
- CID MOLINÉ, J., *La elección del castigo: suspensión de la pena o “probación” versus prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, IV, 2005.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal: evolución jurisprudencial y reforma del Código Penal”, *Tratamiento penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 16, Consejo General de Poder Judicial, 2010.

- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CORELLA MIGUEL, J.J., “La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 8552, 2015.
- CORTES LÓPEZ, M.J., “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal tras la reforma de la L.O. 1/2015”, *Revista de Derecho vLex*, nº 136, Septiembre 2015.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España: una reinserción social en retirada*, Ed. Comares, Granada, 2016.
- DE LA OLIVA SANTOS, A; ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R; MUERZA ESPARZA, J; TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho procesal penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 8ª Edición, Madrid, 2007.
- DE MARCOS MADRUGA, F., “La libertad condicional de enfermos terminales: unas consideraciones a propósito del caso Bolinaga”, *Diario La Ley*, nº 7954, 30 de octubre de 2012.
- DE PAÚL VELASCO, J.M., “Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015.
- DE URBANO CASTRILLO, E., “Criterios jurisprudenciales recientes en materia de ejecución de sentencias penales”, *Las últimas reformas penales II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, X, 2006.
- DÍAZ MARTÍN, C., “Consecuencias jurídicas de la ejecución de las penas de prisión derivadas de la LO 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2016.
- DOLZ LAGO, M.J., “De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas”, *Diario La Ley*, nº 8280, 27 de marzo de 2014.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010” *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 24, julio 2010.

- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., “La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, nº 115, julio-agosto 2015.
- FERNÁNDEZ VALCARCE, P., “Ejecución de la pena desde la perspectiva de la víctima”, *Las penas y medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, XIV, 2006.
- FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre la ejecución penal y derecho penitenciario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, 2015.
- GOYENA HUERTA, “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, Abril-Junio 2015.
- GARCÍA ARÁN, M., “La suspensión de la ejecución de la pena”, *La ejecución de la sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- GARCÍA ESPAÑA, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, nº 18-07.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad: adaptado a la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Dykinson, D.L., Madrid, 2015.
- GONZÁLEZ CAMPO, E., “La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular”, Cuadernos Digitales de Formación, nº 49, CGPJ, 2010.
- GONZÁLEZ CASSO, J., “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los arts. 80 nº 4 y 87 del Código Penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “La suspensión”, *Las penas en el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Cataluña, Departament de Justícia, Studia Jurídica, 17.

- GOYENA HUERTA, J., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, abril-junio 2015, Ed. Aranzadi, S.A.
- GRACÍA MARTÍN, L. (Coord.), BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada de delito*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2012.
- GUTIÉRREZ CASTEÑEDA, A., “Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias”, *Diario La Ley*, nº 6114, año XXV, 26 de octubre de 2004.
- HURTADO YELO, J.J., “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5/2009 (Estudio), Pamplona, 2009.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8579, 9 de julio de 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ALONSO GONZÁLEZ, A.B., ENCINAR DEL POZO, M.A., *Código Penal: comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Ed. El Derecho, Madrid, 2011.
- LÓPEZ LORENZO, V., “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, nº 9, 2004.
- LLORCA ORTEGA, J., “Suspensión de la ejecución de la pena”, *Las penas en el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Studia Jurídica, 17.
- LLORCA ORTEGA, J., “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte General*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- MATA Y MARTÍN, R.M., “Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015”, *Diario La Ley*, nº 8713, 2 de marzo de 2016.
- MAGRO SERVET, V., “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 8539, 14 de mayo de 2015.

- MAGRO SERVET, V, y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, Ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica”, *Diario La Ley*, nº 8568, 24 de junio de 2015.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 1993.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Civitas, 5ª edición, Pamplona, 2011.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2004.
- MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Ed. Atelier, Barcelona 2011.
- MUÑOZ COMPANY, M.J., “Delitos de corrupción política: ejecución de las penas, posibilidad de suspensión y sustitución de éstas. Modificación de la Ley Orgánica 1/2015. Análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley* nº 8589, 23 de julio de 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-05, 2014.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., “Presupuestos y naturaleza jurídica de la ejecución penal”, *Ejecución de la pena privativa de libertad* (Enero 2002). <http://vlex.com/vid/278774>.
- NISTÁL BURÓN, J., “La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario”, *Diario La Ley*, nº 8555, 5 de junio de 2015.

- NISTÁL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2015.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L., “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 8652, 24 de noviembre de 2015.
- PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.
- PEITEADO MARISCAL, P., “La ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad”, Id. vLex: VLEX-302676.
- PÉREZ GÓMEZ, R., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal. Análisis del artículo 80 del Código Penal”, *Revista de Derecho vLex*, nº 137, Octubre 2015.
- POZA CISNEROS, M., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad”, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General de Poder Judicial, Escuela Judicial, 1996.
- POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los art. 80 a 94 del Código Penal”, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, obra colectiva dirigida por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- QUER MENA, L., “El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº 7067, 1 de diciembre de 2008.
- RECIO JUÁREZ, M., “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal”, *Diario La Ley* nº 8602, 10 de septiembre de 2015.

- RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016.
- RÍOS MARTÍN, J.C., “Las alternativas a la prisión”, *Las penas y medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, XIV, 2006.
- RÍOS MARTÍN, J.C. (Director), PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “*De lege ferenda*: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable” y modificaciones de las reglas de aplicación de las penas”, *Diario La Ley*, nº 8294, 16 de abril de 2014.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica” en RODRÍGUEZ MESA, M.J., RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (coord.), *Inmigración y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena”, *Diario La Ley*, nº 8583, 15 de julio de 2015.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Reformas sustantivas y procesales en materia de libertad condicional”, *Diario La Ley*, nº 8226, 10 de enero de 2014.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Sobre la prisión permanente”, *Diario La Ley*, nº 8082, 14 de mayo de 2013.
- SALAT PAISAL, M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, 7ª Edición, Cizur Menor, 2016.
- SÁNCHEZ ROBERT, M.J., “La revocación de la suspensión como efecto del incumplimiento de las condiciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 115, I, Época II, mayo 2015.

- SIERRA LOPEZ, M.V., “Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013”, *Revista Penal*, nº 34, 2014.
- SOLAR CALVO, P., “La libertad condicional antipenitenciaria”, *Diario La Ley*, nº 8873, 29 de noviembre de 2016.
- SOLAR CALVO, P., “A propósito de los Autos del JVP nº 3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, nº 8940, 14 de marzo de 2017.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y otros, *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, 7ª Edición, Cizur Menor, 2016.
- TOMÉ GARCÍA, J.A., “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (Art. 89 CP)”, en GASCÓN INCHAUSTI, F., (coord.), *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010.
- TOMÉ GARCÍA, J.A., *Curso de derecho procesal penal*, Ed. Colex, Majadahonda, 2016.
- TOMÉ GARCÍA, J.A., *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, Ed. Colex, Majadahonda, 2014.
- TRAPERO BARREALES, M.A., “El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP”, *Diario La Ley*, nº 7941, 2012.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- VIVANCOS GIL, P.A., “Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo”, *Diario La Ley*, nº 8517, 13 de abril de 2015.